

Haftpflicht für ausservertragliche Schädigungen durch Kinder

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ELISABETH MEISTER-OSWALD

von Marthalen ZH und Merishausen SH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507207_0111

Haftpflicht für ausservertragliche Schädigungen durch Kinder

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ELISABETH MEISTER-OSWALD

von Marthalen ZH und Merishausen SH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 15 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich

Meinem Mann und unseren Kindern

Herrn Prof. Dr. Max Keller danke ich für seine Unterstützung.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XII
Einleitung	1

1. Abschnitt Haftpflicht für Schaden

1. Kapitel Begriff der Haftpflicht und Arten der Haftung

§ 1 Begriff der Haftpflicht	5
§ 2 Arten der Haftung	5
I. Verschuldenshaftung	5
A. Wesen	5
B. Haftungsprinzip	6
II. Kausalhaftung	6
A. Im allgemeinen	6
B. Gefährdungshaftung	7
1. Wesen	7
2. Haftungsprinzip	8
C. Gewöhnliche Kausalhaftung	9
1. Wesen	9
2. Haftungsprinzip	12

2. Kapitel Voraussetzungen der Haftbarmachung eines Kindes

§ 1 Begriff des Kindes	14
§ 2 Allgemeine Voraussetzungen der Haftpflicht	15
I. Schaden	15
II. Kausalzusammenhang	16
III. Widerrechtlichkeit	21
§ 3 Besondere Voraussetzungen	24
I. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)	24
A. Anwendbarkeit	24
B. Urteilsfähigkeit	24
1. Verhältnis zu den Begriffen Deliktsfähigkeit und Verschulden	24
2. Begriff	26
3. Kasuistik	29
4. Beweisfragen	33
C. Vorsatz oder Fahrlässigkeit	33
1. Vorbemerkung	33

2. Vorsatz	34
3. Fahrlässigkeit	34
a) Begriff	34
b) Kasuistik	37
II. Kausalhaftung	38
A. Übersicht	38
B. Art. 54 I OR	39
C. Art. 58 ff. SVG	40
1. Halter eines Motorfahrzeugs	40
2. Strolchenfahrer (Art. 75 I SVG)	41

3. Kapitel

Voraussetzungen der Haftbarmachung einer andern Person für Schäden, verursacht durch Kinder

§ 1 Allgemeine Voraussetzungen	44
§ 2 Besondere Voraussetzungen	44
I. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)	44
II. Kausalhaftung	45
A. Übersicht	45
B. Familienhaupt (Art. 333 I ZGB)	45
1. Anwendbarkeit der Bestimmung	45
2. Subordinationsverhältnis zwischen Hausgenossen und Familienhaupt	46
3. Schadensverursachung durch einen aufsichtsbedürftigen Hausgenossen	50
4. Keine Befreiung	51
a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund	51
b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund	51
aa) Sorgfaltsnachweis	51
aaa) Grundsätze	51
bbb) Kasuistik	61
bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt	70
C. Geschäftsherr (Art. 55 I OR)	71
1. Anwendbarkeit der Bestimmung	71
2. Subordinationsverhältnis zwischen Hilfsperson und Geschäftsherrn	72
3. Schadensverursachung durch die Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen	74
4. Keine Befreiung	75
a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund	75
b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund	75
aa) Sorgfaltsnachweis	75
aaa) Grundsätze	75
bbb) Kasuistik	77
bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt	78
D. Tierhalter (Art. 56 I OR)	79
1. Anwendbarkeit der Bestimmung	79
2. Halterverhältnis	79
3. Schadensverursachung durch ein Tier aus eigenem Antrieb	80
4. Keine Befreiung	81
a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund	81
b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund	81
aa) Sorgfaltsnachweis	81
aaa) Grundsätze	81
bbb) Kasuistik	83
bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt	85

E. Motorfahrzeughalter (Art. 58 SVG)	85
1. Anwendbarkeit der Bestimmung	85
2. Halterverhältnis	85
a) Grundsatz	85
b) Fiktive Halterschaft	86
c) Anhang: Das Kind als Person, für die der Halter verantwortlich ist	87
3. Schadensverursachung durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs oder gegebenenfalls durch andere Vorgänge	88
a) Schaden	88
b) Motorfahrzeug	88
c) Adäquater Kausalzusammenhang	89
d) Betrieb	89
e) Nichtbetrieb	90
f) Hilfeleistung nach Unfällen (Art. 58 III SVG)	91
4. Keine Befreiung	92
a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund	92
b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund	92

4. Kapitel

Umfang der Haftpflicht

§ 1 Schadensberechnung	94
§ 2 Schadenersatzbemessung	94
I. Vorbemerkung	94
II. Grösse des Verschuldens	95
A. Bei der Verschuldenshaftung	95
1. Im allgemeinen	95
2. Bei Kindern	96
B. Bei der Kausalhaftung	100
III. Selbstverschulden	100
IV. Notlage des Haftpflichtigen	104
V. Ungewöhnlich hohes Einkommen des Getöteten oder körperlich Verletzten	105
VI. Weitere Faktoren, die im Rahmen des richterlichen Ermessens berücksichtigt werden	105
VII. Kollision von Haftungen	107
A. Ausgangspunkt	107
B. Kollision von Verschuldenshaftungen	108
C. Kollision von Kausalhaftungen	108
1. Kollision von Gefährdungshaftungen	108
2. Kollision von gewöhnlichen Kausalhaftungen mit Gefährdungshaftungen	109
3. Kollision von gewöhnlichen Kausalhaftungen miteinander	110
D. Kollision von Verschuldenshaftungen mit Kausalhaftungen	111
1. Kollision von Verschuldenshaftungen mit Gefährdungshaftungen	111
2. Kollision von Verschuldenshaftungen mit gewöhnlichen Kausalhaftungen	112

2. Abschnitt	
Haftpflicht für immaterielle Unbill	113

1. Kapitel	
Immaterielle Unbill und Genugtuung	

§ 1 Immaterielle Unbill	115
§ 2 Zweck der Genugtuung	116

2. Kapitel	
Voraussetzungen der Haftpflicht für immaterielle Unbill	

§ 1 Allgemeines	118
§ 2 Immaterielle Unbill infolge Tötung oder Körperverletzung	118
§ 3 Verschulden	119
§ 4 Weitere Voraussetzungen	121
§ 5 Kasuistik	121

3. Kapitel	
Bemessung der Genugtuung	

§ 1 Bemessungsgrundlagen	123
I. Immaterielle Unbill	123
II. Verschulden und Selbstverschulden	123
III. Weitere Gesichtspunkte	124
§ 2 Höhe der Genugtuungssumme und Kasuistik	125
I. Allgemeines	125
II. Rahmenbeträge	127
III. Kasuistik	128

3. Abschnitt	
Mehrheit von Ersatzpflichtigen	131

1. Kapitel	
Tatbestandsgruppen	133

2. Kapitel	
Aussenverhältnis	

Solidarität	135
-------------	-----

3. Kapitel Innenverhältnis

Regress	138
§ 1 Allgemeines	138
§ 2 Einzelne Regressfälle	139
I. Vorbemerkung	139
II. Konkurrenz von Verschuldenshaftungen	140
III. Konkurrenz von Kausalhaftungen	140
A. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen	140
B. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen mit gewöhnlichen Kausalhaftungen	141
C. Konkurrenz von gewöhnlichen Kausalhaftungen	141
IV. Konkurrenz von Kausalhaftungen mit Verschuldenshaftungen	142
A. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen mit Verschuldenshaftungen	142
B. Konkurrenz von gewöhnlichen Kausalhaftungen mit Verschuldenshaftungen	142

Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort
ACS	Automobil-Club der Schweiz
a.E.	am Ende
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946
a.M.	anderer Meinung
aOR	altes Schweizerisches Obligationenrecht von 1881, aufgehoben
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz = BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1959
Aufl.	Auflage
BAV	VO über Bau und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge vom 27. August 1969
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BRB	Bundesratsbeschluss
c.	contra
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
EHG	Eisenbahnpflichtgesetz = BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Post vom 28. März 1905
EIG	Elektrizitätsgesetz = BG betreffend die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen vom 24. Juni 1902
ff.	und folgende Seiten
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GSchG	Gewässerschutzgesetz = BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971
HE	Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen
i.S.	in Sachen
JT	Journal des Tribunaux, partie I (droit fédéral)
JVG	BG über Jagd und Vogelschutz vom 10. Juni 1925
KtGer	Kantonsgericht
LFG	Luftfahrtgesetz = BG über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948
m.E.	meines Erachtens
MFG	Motorfahrzeuggesetz = BG über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932, aufgehoben
MO	Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907
N	(Rand-)Note
npbl.	nicht publiziert
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
r+s	Recht und Schaden, Monatliche Informationsschrift für Schadenversicherung und Schadenersatz, Saarbrücken/BRD
Rapp. Val.	Rapport du Tribunal Cantonal du Canton du Valais
RLG	Rohrleitungsgesetz = BG über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4. Oktober 1963
S.	Seite

Sem.jud.	La Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SVG	Strassenverkehrsgesetz = BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TCS	Touring-Club der Schweiz
U	Urteil
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift, Karlsruhe)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VRV	VO über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962
VVG	Versicherungsvertragsgesetz = BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
VVV	VO über Haftpflicht und Versicherungen im Strassenverkehr vom 20. November 1959
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

Literaturverzeichnis

- AEBI Hans Kaspar, Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht, Diss. Zürich 1957
- AUER Hans, Die Haftung für Hilfspersonen mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes, Diss. Bern 1933
- BAUR Jürg, Kollision der Gefährdungshaftung gemäss SVG mit anderen Haftungen, Diss. Zürich 1979
- BECKER Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1941
- BERNASCONI Mario, Die Haftung des Motorfahrzeughalters für andere Personen (Art. 58 IV SVG), Diss. Zürich 1973
- BINDER Hans, Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht, Zürich 1964
- BREHM Roland, Die Haftpflicht des Familienhauptes gegenüber Dritten (Art. 333 I ZGB), SJK 848
- BUCHER Eugen, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976
- BURCKHARDT C.Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 22, 469 ff.
- VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- BUSSY André, Motorfahrzeug-Haftpflicht VIII, Unfälle von Kindern, SJK 913 Ersatzkarte (zit. Bussy)
- Motorfahrzeug-Haftpflicht, SJK 906 ff. (zit. Bussy, SJK ...)
- CHATELAIN J.-P., Tendances actuelles du Tribunal Fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, ZBJV 105, 209 ff.
- CORBOZ Bernard, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Diss. Genf 1974
- DES GOUTTES René, Genugtuung, SJK 1141, 1142, 1141a, 1142a
- DES GOUTTES René/GAUTIER Claude, Du rôle de la faute dans la responsabilité causale, JT 1940 I 162 ff.
- DESCHENAUX Henri, Norme et causalité en responsabilité civile, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 399 ff.
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, La responsabilité civile, Bern 1975
- EGGER August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10, Das Personenrecht, Art. 11–89, 2. Aufl., Zürich 1930
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252–359, 2. Aufl., Zürich 1943
- EICHENBERGER Richard, Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe, Diss. Zürich 1973
- ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973
- FISCHER Toni, Der Fussgänger im Strassenverkehr, Eine haftpflichtrechtliche Darstellung der Sorgfaltspflichten und der Folgen dieser Pflichtverletzungen, Diss. Zürich 1979
- FRANK Richard, Meine Rechte und Pflichten als Tourenleiter, als Reiseleiter, als Jugendleiter. Zugleich ein Handbuch über die Haftbarkeit des Veranstalters, Zürich 1975
- FREY Hans, Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr- oder Heilanstalt ..., Diss. Zürich 1911
- GAYLER Erich, Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen, Diss. Zürich 1944
- GIGER Hans/SCHLEGEL Hans, Strassenverkehrsgesetz mit Ausführungsbestimmungen, 3. Aufl., Zürich 1974, Ergänzung 1976
- GILLIARD François, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 86 II 193 ff.
- GIOVANNONI Pierre, La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle, ZBJV 98, 249 ff.

- GROSSEN Jacques Michel, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht (hrsg. von Max Gutzwiller), Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967
- GSCHWEND Theodor, Die Haftpflicht zwischen Motorfahrzeughaltern im schweizerischen und im deutschen Recht, Diss. Zürich 1977
- GUHL Theo/MERZ Hans/KUMMER Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972
- HEGNAUER Cyril, Grundriss des Kindesrechts, Bern 1977
- HOMBERGER A., Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR 49, 1a ff.
- HÜTTE Klaus, Die Genugtuung, Zürich 1975/1978 (zit. Hütte)
- Art. 47 OR – Genugtuung? Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsentschädigungen, SJZ 70, 273 ff. (zit. Hütte, SJZ 70)
- JANSEN Gerhard, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Freiburg 1973
- KEHL-BOEHLEN Dietrich, Die Obhut als Institut des Familienrechts, Diss. Zürich 1974
- KELLER Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, 3. Aufl., Bern 1978
- KELLER Max, Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, 111 ff. (zit. Max Keller)
- Haftpflicht und Versicherung in der neueren Entwicklung des Strassenverkehrsrechts unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Verhältnisse, VersR 15 (1964), Heft 1 (A) (zit. Max Keller, VersR)
- KELLER Max/LANDMANN Valentin N.J., Haftpflichtrecht – Ein Grundriss in Tafeln, Zürich 1979
- LABHART Max, Die Haftung des Familienhauptes nach schweizerischem Zivilgesetzbuch Art. 333 ZGB unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Leipzig 1916
- LANZ Walter, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. St. Gallen 1974
- LAURI Hans, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Diss. Bern 1976
- LÜCHINGER Verena, Die Tierhalterhaftpflicht nach schweizerischem, deutschem, französischem und österreichischem Recht, Diss. Zürich 1962
- LUTZ August, Zum Problem der Urteilsfähigkeit, Diss. Zürich 1927
- MAGHAMI Abdol-Madjid Amiri Ghaem, Faute, risque et lien de causalité ..., Diss. Genf 1953
- MAURER Thomas, Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974
- MERZ Hans, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, 301 ff. = ZBJV 91bis, 301 ff. (zit. Merz)
- Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für die juristische Praxis 1974, Bern 1975 (zit. Merz, Berner Tage)
- METZGER John, La responsabilité du détenteur d'animaux, Diss. Genf 1956
- MEYER-WILD H., Zur Haftung des Geschäftsherrn und Familienhauptes, SJZ 16, 217 ff.
- NATER Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. Zürich 1970
- OFTINGER Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht,
Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975
Bd. II/1: Besonderer Teil, erste Hälfte, 3. Aufl., Zürich 1970
Bd. II/2: Besonderer Teil, zweite Hälfte, 3. Aufl., Zürich 1972
(zit. Oftinger I, II/1, II/2)
- Die Haftung ohne Verschulden im schweizerischen Recht, in: Schweizerische Beiträge zum fünften internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Zürich 1958, 1 ff. (zit. Oftinger, 5. internat. Kongress)
- L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente, in: Mélanges offerts à René Savatier, Paris 1965, 723 ff. (zit. Oftinger, Mélanges Savatier)

- OFTINGER Karl, Haftpflicht, Versicherung und soziale Solidarität bei der Wiedergutmachung von Schäden im schweizerischen Recht, in: *Recueil de travaux suisses présentés au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Basel 1970, 109 ff. (zit. Oftinger, 8. internat. Kongress)
- Der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, SJZ 39, 545 ff. (zit. Oftinger, SJZ 39)
- OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, I. Halbband: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929
- OSWALD Hans, Revision des Strassenverkehrsgesetzes, ZBJV 111, 210 ff. = SVZ 42, 261 ff. (zit. Oswald, ZBJV 111)
- Probleme der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters, BJM 1967, 1 ff. (zit. Oswald, BJM 1967)
- PACHE Pierre, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Diss. Lausanne 1956
- PAPA Graziano, Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia, Diss. Bern 1949
- PETER Adolf, Die Urteilsfähigkeit ..., Diss. Bern 1940
- PETITPIERRE Max, La responsabilité causale, ZSR 49, 65a ff.
- PORTMANN Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958 (zit. Portmann)
- Die Ersatzpflicht bei gegenseitiger Schädigung mehrerer Haftpflichtiger und der Regress des Sachversicherers, ZBJV 90, 1 ff. (zit. Portmann, ZBJV 90)
- ROSSEL Virgile/MENTHA F.-H., Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl., Lausanne/Genève 1921
- RUSCONI Baptiste, Quelques considérations sur l'influence de la faute et du fait du lésé dans la responsabilité causale, ZSR 82 I 337 ff. (zit. Rusconi)
- Responsabilité civile, dommage, assurances, Juristische Schriften des TCS Nr. 6, 1975 (zit. Rusconi, TCS)
- Les nouvelles dispositions de la loi fédérale sur la circulation routière en matière de responsabilité civile et d'assurance, JT 1976 I 66 ff. (zit. Rusconi, Nouvelles dispositions)
- RUTZ Alois, Das unmündige Kind ausserhalb des elterlichen Haushaltes nach Schweizerischem Zivilrecht, Diss. Freiburg 1928
- SAUSER-HALL Georges, Rechts- und Handlungsfähigkeit, SJK 571–576
- SCHÄRER Max, Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz, Bern 1940
- SCHWANDER Paul, Kinder und Jugendliche als Fehlbare und als Opfer im Strassenverkehr, Juristische Schriften des TCS Nr. 3, Genf 1973
- SILBERNAGEL Alfred/WAEBER P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 2. Aufl., Bern 1927
- STARK Emil W., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86 II 1 ff. (zit. Stark)
- Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1946 (zit. Stark, Entlastungsgründe)
- STEIN Peter, Die Genugtuung, Juristische Schriften des TCS Nr. 1, 3. Aufl., Genf 1976
- STEINER Irene, Das Haus im Schweizerischen Recht, Diss. Bern 1923
- STIFFLER Hans-Kaspar, Schweizerisches Skirecht, Derendingen/Solothurn 1978
- STOCKER Hans, Fürsorge und Haftung des Familienhauptes mit Bezug auf seine Dienstverpflichteten, Diss. Zürich 1932
- STUCKI Rudolf, Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Zürich 1966
- TERCIER Pierre, Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, ZSR 95 I 1 ff. (zit. Tercier, ZSR 95)
- Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Diss. Fribourg 1971 (zit. Tercier)
- Les nouvelles dispositions de la LCR relatives à la responsabilité civile et l'assurance, in: Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève No 49, 53 ff. (zit. Tercier, Nouvelles dispositions)
- THILO Emil, La responsabilité du chef de famille pour les actes dommageables de certaines personnes placées sous son autorité, JT 1960 I 262 ff.
- TOBLER Hans, Zur Haftung der Eltern aus Schadensstiftungen und Verträgen ihrer unmündigen Kinder, SJZ 17, 241 ff. (zit. Tobler, SJZ 17)
- TOBLER Robert, Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht, Diss. Zürich 1931
- TRÜSSEL Fritz, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, Geschäftsherrn und Tierhalters (Art. 61, 62 und 65 OR), ZBJV 45, 177 ff.

- VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl., Zürich 1979
- TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1979
- VON WATTENWYL Robert, Ausserkontraktliche Haftung des Aufsichtspflichtigen, Diss. Zürich 1926
- WEGMANN Alice, Das Tier im Schweizerischen Recht, Zürich 1966
- WEITNAUER Hermann, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung, in: Festgabe für Karl Oftinger 321 ff.
- WIDMER Pierre, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110, 289 ff. (zit. Widmer, ZBJV 110)
- Gefahren des Gefahrensatzes ..., ZBJV 106, 289 ff. (zit. Widmer, ZBJV 106)
- WINTER Urs H., Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung, Diss. Zürich 1975
- YUNG Walter, Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel 1973 (zit. Yung)
- La responsabilité civile d'après la loi sur la circulation routière, in: Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève No 15, Genf 1962 (zit. Yung, Circulation routière)

Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 1979 berücksichtigt.

EINLEITUNG

GEGENSTAND DER VORLIEGENDEN ARBEIT

Kinder verursachen leider häufig Schäden. Sie verletzen Spielkameraden, zerbrechen Fensterscheiben und sind beteiligt an Unfällen im Strassenverkehr. Aufsehen erregen Schiessunfälle; über solche berichtet die Presse in entsprechender Aufmachung, z.B. unter der Schlagzeile "Schusswaffen gehören nicht in Kinderhände" (NZZ, 13. Dezember 1976 Nr. 292 S. 5; Zürichsee-Zeitung, 13. August 1976 Nr. 187 S. 11). Selbst klein(st)e Kinder treten als Schadenverursacher auf, z.B. wenn ein Kleinkind ein Spielzeug hinter sich herzieht und eine ältere Person über die Zugschnur stolpert, stürzt und sich verletzt.

Unter dem Begriff "Kinder" werden in dieser Arbeit die bis ca. 18jährigen erfasst.

Es fragt sich, ob der Geschädigte den von einem Kind verursachten Schaden auf einen Haftpflichtigen abwälzen kann. Wer fällt als solcher in Betracht und aufgrund welcher Haftpflichtnorm haftet er für den Schaden? Wann hat das Kind und wann eine andere Person für den angerichteten Schaden einzustehen? In diesem Zusammenhang werden neben der Haftung des Kindes (vorab nach Art. 41 OR) die Haftungen des Familienhauptes (nach Art. 333 ZGB), des Geschäftsherrn (nach Art. 55 OR) und anderer (Kausal-)Haftpflichtiger geprüft. Hierbei halten wir uns an die in der Praxis auftretenden Fälle und verzichten darauf, sämtliche entfernt möglichen Haftpflichtsubjekte miteinzubeziehen.

Umschrieben werden die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der behandelten Haftpflichtnormen.

Wird eine Haftung bejaht, so stellt sich das Problem nach dem Umfang der Ersatzpflicht.

Die Schadensberechnung stellt kein spezifisches Problem des von Kindern verursachten Schadens dar; es ist daher vollumfänglich auf die einschlägige Literatur zu verweisen. Hingegen weist die Schadenersatzbemessung, vor allem bei der Verschuldenshaftung von Kindern, Besonderheiten auf, die näher zu erörtern sind.

Behandelt sind weiter die Pflicht zu Genugtuungsleistungen, ferner die Solidarhaftung mehrerer Subjekte und das Regressverhältnis.

1. ABSCHNITT

HAFTPFLICHT FÜR SCHADEN

1. KAPITEL

BEGRIFF DER HAFTPFLICHT UND ARTEN DER HAFTUNG

§ 1 BEGRIFF DER HAFTPFLICHT

Der Begriff der Haftpflicht im Privatrecht¹ ist mehrdeutig².

Im weiteren Sinne erfasst er das Einstehenmüssen für zugefügten Schaden ausservertraglicher und vertraglicher Natur.

Im engeren Sinne versteht man nur das Einstehenmüssen für ausservertragliche Schädigungen, die nicht auf einem Verschulden beruhen (Kausalhaftung).

Im mittleren Sinne bedeutet der Begriff die Verantwortlichkeit für sämtliche ausservertraglichen Schädigungen, mit oder ohne Verschulden.

Diese Arbeit folgt der mittleren Umschreibung und behandelt die ausservertraglichen Schädigungen durch Kinder.

§ 2 ARTEN DER HAFTUNG

I. Verschuldenshaftung

A. Wesen

Die klassische Verschuldenshaftung¹ setzt ein persönliches Verschulden des Haftpflichtigen voraus. In unserem Recht gilt die in Art. 41 OR statuierte Verschuldenshaftung trotz der technischen Entwicklung und der damit verbundenen Ausweitung der Kausalhaftungen grundsätzlich; sie bildet die Regel und ist überall dort anwendbar,

1 Unberücksichtigt bleibt eine allfällige öffentlich-rechtliche Haftpflicht, wie z.B.

- der Eidgenossenschaft nach Art. 27 MO (BGE 71 I 48 ff.: Kinder finden einen Blindgänger, der zur Explosion gebracht wird; U des BGer vom 22. Juni 1939 i.S. Widmer gegen Schweiz. Eidgenossenschaft = ZSGV 40, 402/403, zit. auch bei Treadwell, SJZ 39, 56/57: Kinder gelangen in einen Schopf, wo Gewehre abgestellt sind; ein Kind löst beim Hantieren mit einem geladenen Gewehr einen Schuss aus und trifft ein anderes Kind)
- des Kantons/Lehrers (Art. 59 I ZGB, 61 I OR) (Sem.jud. 87, 41 ff.: Auf einem Pausenplatz wirft ein Kind einem andern einen Tennisball ins Auge).

2 Vgl. Oftinger I 3/4; Keller 28; Deschenaux/Tercier 29/30; Engel 302; Schärer 5/6; Stark 10.

1 Früher Culpahaftung, auch Delikts- oder subjektive Haftung genannt.

wo keine spezielle Ausnahme gemacht wird, d.h. überall dort, wo keine Kausalhaftungsnorm besteht².

B. Haftungsprinzip

Ausgangspunkt ist bei der Verschuldenshaftung der Gedanke, dass Verschulden – als tadelnswertes Verhalten – die Ersatzpflicht rechtfertige. Moralische und auch pönale Gesichtspunkte sind entscheidend, doch vermögen sie heute – zufolge der Objektivierung des Verschuldensbegriffs und auch wegen der Haftpflichtversicherung – die Haftung nicht mehr hinreichend zu begründen³.

II. Kausalhaftung

A. Im allgemeinen

Kausalhaftung⁴ bedeutet Haftung ohne Verschulden⁵. Sie ist unabhängig von einem allfälligen Verschulden des Haftpflichtigen und kann auch Haftung für fremdes Verhalten⁶ sowie für Zufall umfassen. Stets knüpft sie an bestimmte, gesetzlich umschriebene Tatbestände an⁷. Sobald ein solcher objektiver Tatbestand gegeben und der adäquate Kausalzusammenhang zum Schaden dargetan ist, besteht – zumindest bei der Gefährdungshaftung – Haftpflicht^{8,9}.

Die Kausalhaftung ist von wachsender Bedeutung¹⁰. Ihre Vielfalt lässt sich nicht auf ein allgemeines Prinzip zurückführen¹¹. Die Verursachung gilt auch nicht als

2 Vgl. Oftinger I 14 f.; derselbe, 5. internat. Kongress 53 und 8. internat. Kongress 110; Keller 32, 90; Deschenaux/Tercier 34, 68; Engel 304; v. Büren 240, 256/257; Yung 95, 127.

3 Oftinger I 35, 145; Tercier, ZSR 95 I 5 ff., insbes. 9/10; Widmer, ZBJV 106, 320 f. und ZBJV 110, 300; Spiro, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, 269; Gilliard 200 f.; Homberger 16a ff.

4 Auch objektive Haftung, Verursachungs-, Zufalls-, Billigkeitshaftung genannt.

5 Vgl. dazu Oftinger I 16 ff.; derselbe, 5. internat. Kongress 52 f. und 8. internat. Kongress 111; Deschenaux/Tercier 45; Widmer, ZBJV 110, 295/296.

6 Haftpflicht für fremdes Verhalten liegt vor, wenn ein vom Kinde verschiedenes Haftpflichtsubjekt für dessen Verhalten einstehen muss.

7 Zu "keine Kausalhaftung ohne Gesetz" vgl. Widmer, ZBJV 110, 294.

8 Vgl. Oftinger I 25, II/1 4; Max Keller 115; Yung 97.

9 Auf die Unterschiede zur Verschuldenshaftung wird hinten S. 11 eingegangen.

10 Es besteht die Tendenz zur Ausweitung der Kausalhaftungen, dem Trend folgend, dem Geschädigten, wenn immer möglich, zum Ersatz seines Schadens zu verhelfen. Die Schadensdeckung steht im Vordergrund, der Gedanke der individuellen Verantwortung im Hintergrund (Oftinger, 8. internat. Kongress 111/112; vgl. auch Max Keller 115). Damit verbunden ist der Ausbau der Haftpflichtversicherung. Noch weiter gehen die Bestrebungen, die Haftpflicht durch eine allgemeine Unfallversicherung zu ersetzen. Dies gilt speziell für die Motorfahrzeughaftpflicht. Vgl. André Tunc, La sécurité routière, Paris 1966; Eike v. Hippel,

allgemeines Haftungsprinzip, denn der Kausalität an sich fehlt die innere Rechtfertigung für eine daran geknüpfte Haftung¹².

Die Kausalhaftungen bilden zwei Hauptkategorien: die Gefährdungshaftungen und die gewöhnlichen Kausalhaftungen.

B. Gefährdungshaftung

1. Wesen

Gewisse Vorrichtungen oder Tätigkeiten stellen an sich schon eine Gefahr für die Umwelt dar. Zu denken ist an den Gebrauch von Transportmitteln (Auto, Eisenbahn, Flugzeug) oder Energien (Elektrizität, Atom). Diese haben eine relativ ausgeprägte Tendenz zur Herbeiführung von Schäden, und zwar auch solcher schwerer und schwerster Art¹³. Es sind qualifizierte Gefahren¹⁴, die zu Gefährdungshaftungen geführt haben, wie z.B. der Haftpflicht des Halters eines Motorfahrzeugs (Art. 58 I SVG), des Betriebsinhabers einer Eisenbahn (Art. 1 I EHG) usw.¹⁵. Eine Sonderstellung nimmt der neue Art. 36 I GSchG ein. Diese singuläre Haftung knüpft nicht nur an bestimmte gefährliche Betriebe und Anlagen an, sondern stellt eine Verursachungshaftung für den Gewässerverschmutzer schlechthin dar¹⁶.

Die Gefährdungshaftungen sind durchwegs in Spezialgesetzen geregelt. Leider bilden diese Haftungsnormen keine in sich geschlossene, einheitliche Ordnung¹⁷.

Bei den Gefährdungshaftungen stehen die Betriebshaftungen im Vordergrund. Als Unterart der Gefährdungshaftungen basieren sie auf einem gefährlichen Betrieb,

Schadenausgleich bei Verkehrsunfällen, Berlin/Tübingen 1968; Gilliard 204 ff.; Max Keller 116 f.; Tercier, Nouvelles dispositions 82; ablehnend Stark 11 ff.; Yung 143 ff.; Oswald, SVZ 44, 14 ff.; Gaston Bosonnet, Haftpflicht- oder Unfallversicherung? Ersatz der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters durch eine generelle Unfallversicherung der Verkehrsoffer, Diss. Zürich 1965; vgl. dazu auch Oftinger, 8. internat. Kongress 116 f.

11 Vgl. Oftinger I 36/37; Guhl/Merz/Kummer 173, 188; Deschenaux/Tercier 46 oben.

12 Max Rümelin (Gründe der Schadenszurechnung, Freiburg/Leipzig 1896, 26) hat den Satz geprägt: "Von der blossen Verursachung führt keine Brücke zur Verantwortung."

13 Vgl. Oftinger I 20 ff.; derselbe, SJZ 52, 1 ff. und 5. internat. Kongress 55 ff.; Yung 97, 131 ff.; Widmer, ZBJV 106, 294 ff.; Tercier, ZSR 95 I 11.

14 Vgl. dazu Widmer, ZBJV 110, 313 ff.; Tercier, ZSR 95 I 12.

15 Eine Zusammenstellung dieser Gesetze findet sich bei Oftinger, Schweizerische Haftpflichtgesetze, Zürich 1967.

16 Oftinger (I 23) bezeichnet diese Haftung je nachdem als Gefährdungshaftung oder gewöhnliche Kausalhaftung. Irene Lorez-Wiegand (Haftung aus Gewässerverunreinigung, Diss. Zürich 1976, 3 ff., insbes. 10 ff.) als einen neuen Haftungstypus. Zum GSchG, auf das hier nicht eingegangen werden kann, vgl. im weiteren Oftinger, SJZ 68, 101 ff. und in Festschrift für Karl Larenz, München 1973, 961 ff.; Widmer, ZBJV 110, 321 ff.; Deschenaux/Tercier 182 ff.; Tercier, ZSR 95 I 14/15; Keller 270 ff.; Keller/Landmann, Tafeln 158a und b.

17 Dass eine Vereinheitlichung im Haftpflichtrecht anzustreben ist, haben Stark und Gilliard in ihren Referaten am Juristentag 1967 überzeugend dargelegt. Vgl. ZSR 86 II 1 ff. bzw. 193 ff.

§ 6 des Motorfahrzeug-Ges. 1898 § 502¹⁸. Die Hauptpflicht des Motorfahrzeugführers ist nun zwar abgeändert, aber Hauptpflichtenstellung erhalten¹⁹.

2. Haftungsgruppierung

Die Rechtsabgrenzung liegt in der Gefährdung. Weil die gefährlichen Personen, Fahrzeuge und Tiergatten, die den Verkehr nicht genügend beherrschen kann, abgesondert sein und daher in die Rechtsabgrenzung hineinkommen müssen, können Haftungsgruppen²⁰. War die Gefahr selbst und der Schaden aus dem motorischen Vorgang selbst her, soll für den Schaden, den er selbst bringt, einstehen, Das steht für die Haftung der Gefährdungsgruppierung war der zentrale Gedanke²¹.

Eine des Kerner auch ist bei der gewöhnlichen Kausalhaftung, sondern Gründe mangelten²².

Das Gefährdungsgruppierung ist im Gegensatz zum Verschuldensgruppierung, eine allgemeine Haftungsgruppierung. Es soll keine einzelnen oder besonderen Gefährdungsgruppierungen sein. Die gefahrte gefährliche Kategorie selbst soll die Gefährdungsgruppierung²³. Deshalb beschränkt die Forderung, dass nur der Gefährdungsgruppierung steht im Prozess²⁴. Und bedeutet die Verschuldensgruppierung, in dem nur die Gefährdungsgruppierung des Gefährdungsgruppierung steht²⁵. Es fragt sich, ob eine allgemeine Gefährdungsgruppierung bestehen kann²⁶.

¹⁸ Vgl. Obinger I 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller, *Verschuldensgruppierung*, *Themen zur Motorfahrzeughaftung*, S. 89 ff.

¹⁹ Art. 63 I StG.

Die meisten Strafrechtslehrer schreiben diese allgemeine Haftungsgruppierung von Vgl. Stuck 84 ff. *Motorfahrzeughaftung* des Obinger und die Haftung der Kausalhaftung. Vgl. Max Keller 119.

²⁰ Obinger I 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Th. 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119.

²¹ Obinger, *Sid* 39, 445 ff.

²² Vgl. § 111.

Es fragt sich, ob eine allgemeine Haftungsgruppierung, wenn sie nur für die Haftung der Kausalhaftung im Verschuldensgruppierung, Vgl. Keller 119. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Th. 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Th. 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119.

²³ Vgl. Obinger I 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Th. 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119.

Es wird kritisiert, dass die Haftungsgruppierung nur der Kausalhaftung des Verschuldensgruppierung, eine besondere Haftungsgruppierung, wenn diese selbst von Verschuldensgruppierung ist. Vgl. Max Keller, *Verschuldensgruppierung*, S. 89 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119.

²⁴ Vgl. Watten, *JbN* 111, 148 ff.

²⁵ Vgl. Watten, S. 16 ff.

²⁶ Vgl. Obinger I 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Stuck 84 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119. Th. 11 ff. 8. und 9. Kapitel zu C. Max Keller 119.

Schwierigkeiten bietet das Gefährdungsprinzip heute zufolge der Vervielfältigung des Risikos: Die Gefahr ist allgegenwärtig²⁷. Gefährliche Tatbestände lassen sich nicht mehr genau abgrenzen, z.B. bei der Haftpflicht aus Gewässerverschmutzung²⁸. Bei der Haftpflicht für Umweltschädigungen zeigt sich dasselbe Problem²⁹.

C. Gewöhnliche Kausalhaftung

1. Wesen

Gewöhnliche Kausalhaftungen³⁰ erfassen alle Kausalhaftungen, die nicht Gefährdungshaftungen sind. Dazu gehört die in dieser Arbeit zu behandelnde Haftpflicht des Urteilsunfähigen (Art. 54 I OR), des Familienhauptes (Art. 333 I ZGB), des Geschäftsherrn (Art. 55 I OR), des Tierhalters (Art. 56 I OR), ferner des Werkeigentümers (Art. 58 I OR), des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) und auch z.B. diejenige nach Art. 58 II SVG³¹.

Art. 54 I OR ist eine Kausalhaftung, weil die Urteilsfähigkeit fehlt und deshalb ein Verschulden nicht vorliegen kann³².

Art. 55, 56 OR und 333 ZGB und in gewissem Masse auch Art. 58 OR und 679 ZGB bilden eine einheitliche Gruppe: Es sind dies Haftungen wegen Verletzung einer vorausgesetzten Sorgfaltspflicht³³. Ausser bei Art. 58 OR und 679 ZGB kann sich das belangte Haftpflichtsubjekt der Haftung entziehen, falls es einen speziellen Befreiungsbeweis erbringt³⁴. Art. 58 OR setzt die Mangelhaftigkeit eines Werkes und Art. 679 ZGB die Überschreitung des Grundeigentumsrechts voraus, beide demnach eine Unregelmässigkeit³⁵, womit alle diese Haftungen eine strukturelle Ähnlichkeit aufweisen.

27 Vgl. Tercier, ZSR 95 I 12; Widmer, ZBJV 106, 297.

28 Vgl. S. 7 FN 16.

29 Vgl. Alfred Keller (zit. FN 22) 161 ff., insbes. 165.

30 Keller (33) nennt sie milde Kausalhaftungen. Vgl. auch Widmer, ZBJV 110, 306 FN 45.

31 Zum SVG statt vieler Keller 224, 235.

32 Vgl. Oftinger I 155, 17 FN 49; Keller 105; Deschenaux/Tercier 135/136; v. Büren 256; Homberger 2a f.; Petitpierre 68a.

Die Haftung wurde früher vereinzelt als erweiterte Verschuldenshaftung aufgefasst. Vgl. dazu Eduard Geiser, Über ausserkontraktliche Haftung Geisteskranker, Diss. Zürich 1906, 51 ff.

33 Oftinger I 26, II/1 3 f.

34 Der Befreiungsbeweis des Art. 55 OR ist allerdings fragwürdig geworden: die Haftung befriedigt heute angesichts der modernen Organisationsformen nicht mehr. Vgl. Jaggi, ZSR 86 II 754 ff. (Vorschlag einer Organisationshaftung); Gilliard 295 ff., 753; Tercier, ZSR 95 I 24; a.M. Nater 47 ff., 113 ff.

35 Keller 133.

Vereinzelt werden diese Haftpflichtnormen sogar den Gefährdungshaftungen zugerechnet³⁶, doch ist eher ihre Zugehörigkeit zu den Verschuldens- oder gewöhnlichen Kausalhaftungen streitig.

Während man die Haftungen gemäss Art. 58 OR (67 aOR) und 679 ZGB schon früher zu den Kausalhaftungen zählte, sah man in denjenigen gemäss Art. 55 (62 aOR), 56 OR (65 aOR) und 333 ZGB (61 aOR) ursprünglich Verschuldenshaftungen mit einer Verschuldenspräsumtion³⁷. Allerdings gab es damals schon Befürworter der Kausalhaftung³⁸.

Heute gelten sie zutreffend allgemein als Kausalhaftungen³⁹; d.h. die Sorgfalts-pflichtverletzung wird an sich nicht als Verschulden gewertet. Bei Art. 333 ZGB hat sich die Verschuldenshaftungstheorie am längsten gehalten. Erst in einem neuesten BGE hat sich das Bundesgericht zur Kausalhaftung bekannt⁴⁰.

Nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 333 ZGB lassen sich beide Auffassungen vertreten⁴¹. Die nahe Verwandtschaft zu Art. 55, 56 OR und

36 Art. 333 ZGB: Egger, Art. 333 N 5.

Art. 55 OR: die bei Oftinger II/1 99 FN 12 und I 26 FN 81 zit. Autoren.

Art. 56 OR: Widmer, ZBJV 110, 314 und die bei Oftinger I 26 FN 82 zit. Autoren; BGE 67 II 28.

Art. 58 OR und 679 ZGB: die bei Oftinger I 26 FN 83 und II/1 9 FN 10 zit. Autoren und Urteile und Des Gouttes/Gautier 164/165.

Ebenso Art. 54 OR: Egger, Art. 18 ZGB N 15; vgl. auch Widmer, ZBJV 110, 312 FN 54.

37 Vgl. Oftinger I 28, II/1 7, 97, 181/182 und Zitate; zu Art. 333 ZGB vgl. FN 40.

38 So Burckhardt 538 ff., 556 ff.; Trüssel 117 ff.

39 Art. 55 OR: vgl. Oftinger I 28, II/1 96 ff. und Zitate; Keller 119; Deschenaux/Tercier 95; v. Büren 255; Engel 359; Nater 5 ff.; ZBJV 76, 31 (jugendlicher Angestellter).

Art. 56 OR: vgl. Oftinger I 28, II/1 182 und Zitate; Keller 129; Deschenaux/Tercier 113; v. Büren 251; Engel 365; Lüchinger 1.

Art. 333 ZGB: vgl. FN 40.

40 BGE 103 II 27.

Nachstehend sind die Verfechter der Verschuldenshaftung einerseits und der Kausalhaftung anderseits chronologisch aufgeführt.

Verschuldenshaftung:

Adolf Bieder, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 5, 343 f.; Emil Gysler, Haftung für fremde culpa nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1892, 16 ff.; Eugen Curti-Forrer, Schweiz. Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911, Art. 333 Anm. 10; Frey 87; v. Wattenwyl 114/115; Rutz 25; Homberger 11a f.; Petitpierre 75a; Stocker 81 f.; Papa 35 ff.; Maghami 95/96; Brehm 6; Widmer, ZBJV 110, 314/315; BGE 26 II 307; 32 II 462; 38 II 477; 49 II 444; 70 II 138; 74 II 196; SJZ 6, 75 Nr. 24; 32, 248 Nr. 173; 35, 376 Nr. 246 und 36, 172 Nr. 123 (= ZBJV 75, 88); 41, 260 Nr. 117; Sem.jud. 97, 102; 99, 233.

Kausalhaftung:

Burckhardt 538 ff.; Trüssel 117 ff.; Meier, ZBJV 46, 235; Labhart 70 f.; Steiner 91; Curt Akesson, Die Hausgemeinschaft im Dienstverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1923, 93; Silbernagel, Art. 333 N 17; Oser/Schönenberger, Art. 41 N 69; Auer 28; Schärer 122; Des Gouttes/Gautier 164; Egger, Art. 333 N 5, 14; Portmann, ZBJV 90, 1 ff.; Thilo 263; Stark 20, 56; Oftinger II/1 239 ff. und I 28; Guhl/Merz/Kummer 188; Engel 357; Tuor/Schnyder 310; Deschenaux/Tercier 107; Keller 108; v. Tuhr/Peter 450 FN 29; BGE 43 II 211; 51 II 393; 103 II 26 f.; in 100 II 300 ff. Frage noch offengelassen; SJZ 13, 108 Nr. 84; 16, 374 Nr. 84; 65, 242 Nr. 128; ZBJV 52, 262; BJM 1973, 291; Sem.jud. 85, 389.

41 Vgl. dazu v. Wattenwyl 85 ff. In BGE 103 II 27 wird die Kausalhaftung auf den Wortlaut gestützt.

die heutige Tendenz des Schadenersatzrechts legen es nahe, Art. 333 ZGB nicht anders als Art. 55, 56 OR zu interpretieren⁴². Ob eine Kausalhaftung rechtspolitisch begründet ist, sehen wir hinten S. 12 f.

Die Frage, ob Verschuldenshaftung oder Kausalhaftung, ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat auch praktische Konsequenzen. Es ergeben sich folgende Unterschiede:

1. Bei der Kausalhaftung ist die Unsorgfalt gänzlich objektiviert. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn die gesetzlichen Elemente des Tatbestandes erfüllt sind⁴³. Wenn z.B. das Familienhaupt die Aufsichtspflicht vernachlässigt, weil es persönlich verhindert ist (Krankheit, Abwesenheit u. dgl.), so wird ein Verschulden vielfach fehlen; bei Kausalhaftpflicht haftet es gleichwohl⁴⁴.
2. Das Fehlen der Urteilsfähigkeit schliesst die Belangbarkeit des Kausalhaftpflichtigen nicht aus⁴⁵.
3. Bei der Verwendung einer Hilfsperson muss der Kausalhaftpflichtige auch für deren Sorgfaltspflichtverletzung einstehen⁴⁶.
4. Im Regressverhältnis steht das kausalhaftende Familienhaupt, der kausalhaftende Tierhalter usw. an letzter Stelle⁴⁷.
5. Bei der Schadenersatzbemessung gilt das hinten S. 100 Erwähnte.

Immerhin soll die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen Kausalhaftung und Verschuldenshaftung nicht überbewertet werden. Oft qualifiziert sich die Sorgfaltspflichtverletzung als Verschulden. Die Grenze verfließt nach der objektiven Seite. Wegen des objektivierten Verschuldensbegriffs nähert sich die Verschuldenshaftung der Kausalhaftung⁴⁸.

Viele Urteile schweigen sich denn auch über die Rechtsnatur der Haftung des Familienhauptes aus. Das Bundesgericht hält in bezug auf Art. 333 ZGB⁴⁹ fest, dass die rechtliche Qualifikation der Haftung als Kausalhaftung an der Beurteilung der Sorgfaltspflicht nichts ändere.

Ein Drittverschulden von Eltern⁵⁰ wird nach gleichen Massstäben gemessen wie die Sorgfaltspflichtverletzung aufgrund von Art. 333 ZGB⁵¹.

Die Gerichte stellen – wie noch zu zeigen sein wird – an das Familienhaupt bisweilen keine allzu strengen Anforderungen⁵². Es wurde sogar schon behauptet,

42 Oftinger II/1 239/240; Keller 108; Deschenaux/Tercier 107.

43 Oftinger II/1 3; Keller 34; vgl. auch Widmer, ZBJV 110, 307/308.

44 Vgl. Oftinger II/1 240; Egger, Art. 333 N 5; v. Wattenwyl 96/97.

45 Statt vieler Keller 34, 129.

46 Statt vieler Stark 52 ff.; im einzelnen bei der Familienhaupthaftung.

47 Vgl. hinten S. 138 ff.

48 Oftinger I 145; hinten S. 35.

49 In BGE 103 II 27.

50 Hinten S. 106.

51 Vgl. etwa BGE 95 II 259 ff.; 81 II 162 f.; 63 II 62 f.; 60 II 147 ff., 224/225; ZBJV 88, 487 f.

52 Siehe hinten S. 51 ff. Neuerdings setzt zwar das Bundesgericht einen eher strengeren Massstab.

tet, dass eine Beurteilung gemäss Art. 41 OR zu einer strengeren Haftung führen könnte⁵³.

2. Haftungsprinzip

Auch bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen nach Art. 333 ZGB, 54, 55, 56 und 58 OR spielt das Gefährdungsmoment eine gewisse Rolle⁵⁴. Kinder neigen dazu, Schaden anzurichten. Das Verhalten eines Kindes wie besonders auch eines Tieres oder der Betrieb eines Werkes kann im Einzelfall eine Gefährdung bedeuten. Jedoch stellen Kinder und in der Regel auch Tiere und Werke nicht eine Gefahr dar, wie der Begriff im Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung zu verstehen ist (wie z.B. diejenige eines Motorfahrzeugs, einer Eisenbahn)⁵⁵. Das Leben wäre sonst – wie Oftinger zutreffend formuliert – völlig unerträglich. Demzufolge ist nicht die Gefährdung generelles rechtspolitisches Moment für die Normierung einer Kausalhaftung, obwohl im Einzelfall eine solche gegeben sein kann.

Verschiedene Gründe rechtfertigen die Ausgestaltung als Kausalhaftungen⁵⁶, doch kann keiner dieser Gründe absolute Geltung beanspruchen⁵⁷.

Eng verbunden mit dem Gefährdungsgedanken ist das Prinzip des Interessenausgleichs⁵⁸. Zu Art. 54 OR erwähnen verschiedene Autoren das Interesse des Urteilsunfähigen an seiner Bewegungsfreiheit⁵⁹. Die Kausalhaftung des Geschäftsherrn, Tierhalters, Werkeigentümers und Grundeigentümers wird oft damit begründet, dass derjenige, der materiell den Nutzen, Vorteil oder ideell das Vergnügen hat, eben das Risiko für den Schaden tragen solle⁶⁰. Es sind somit erneut der soziale Gedanke und das Billigkeitsmoment mitbestimmend. Beim Familienhaupt wird die Kausalhaftung wegen des fehlenden Nutzens abgelehnt⁶¹. Ein wirtschaftliches Interesse des Familienhaupts ist allerdings dann gegeben, wenn es sich vertraglich

53 Papa 59 FN 68; vgl. ferner Oftinger II/1 239 FN 6; Widmer, ZBJV 110, 315.

54 Vgl. Tercier, ZSR 95 I 13/14; Keller 32/33; v. Büren 241; zu Art. 333 ZGB: Labhart 62; Steiner 85; v. Wattenwyl 87/88; Frey 16, 25/26; Stocker 74; zu Art. 54 OR: Burckhardt 529; Becker, Art. 54 N 2 a.E. und 4; Geiser (zit. S. 9 FN 32) 65 ff.; a.M. Homberger 4a.

55 Oftinger I 27; II/1 8/9, 182/183, 185, 241; v. Büren 241/242; Lüchinger 4 (zu Art. 56 OR).

56 Nach Widmer (ZBJV 110, 312 ff.), der nur qualifizierte Gefahr (und Interesse) als Begründung der Kausalhaftung anerkennt, fehlt der Haftungsgrund für die verschuldensunabhängige Haftung des Werk- und Grundeigentümers und des Familienhaupts.

57 Vgl. S. 6 FN 11.

58 Burckhardt 536; Guhl/Merz/Kummer 173; Widmer, ZBJV 110, 312 ff.

59 Vgl. die in FN 54 zu Art. 54 zit. Autoren.

60 Vgl. Tercier, ZSR 95 I 17; v. Büren 253; Petitpierre 67a; zu Art. 55 OR: Oftinger II/1 99 FN 12 und Zitate; Deschenaux/Tercier 95; zu Art. 56 OR: Deschenaux/Tercier 113; Widmer, ZBJV 110, 314; Oser/Schönenberger, Art. 56 N 2 und Emil Heuberger, Der Tier-, Automobil- und Flugzeughalter ..., Diss. Bern 1935, 19 (bei Haustieren).

61 Brehm 6; Petitpierre 67a; Meyer-Wild 218; Stocker 81; vgl. auch Keller 108 und Perrig, SJZ 58, 297 unten.

zur Aufsicht verpflichtet, wie z.B. ein Internatsleiter⁶², nicht hingegen, wenn es als Vater von Gesetzes wegen zur Aufsicht verpflichtet ist.

Weitere Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen sind zu erwähnen. Kinder sind meistens vermögenslos und können oft wegen fehlender Urteilsfähigkeit nicht belangt werden, was das Abwälzen der Schadenstragung auf das Familienhaupt rechtfertigt⁶³. Dieses hat eine viel nähere Beziehung zum Schadensverursacher als der Geschädigte und soll deshalb den Schaden tragen⁶⁴. Bei der Haftung des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR wird berücksichtigt, dass dieser solventer als die Hilfsperson sei⁶⁵. Ausdrücklich Bezug auf die Billigkeit nimmt Art. 54 OR, wobei nach der Praxis die ökonomische Tragfähigkeit ausschlaggebend ist⁶⁶.

Früher wurden die Haftungen nach Art. 333 ZGB und 55 OR auch mit dem Herrschafts- oder Gewaltverhältnis begründet, was sich heute nicht mehr im gleichen Masse rechtfertigt⁶⁷.

62 Labhart 63; Frey 25/26; Petitpierre 76a. Von Wattenwyl 114/115 findet gegenteils, dass eine verschärfte Haftung höchstens für die Eltern gerechtfertigt wäre.

63 Vgl. Oftinger II/1 241 und Zitate; Deschenaux/Tercier 106; Perrig a.a.O. 298.

64 Steiner 86; Labhart 63/64.

65 Oftinger II/1 99 FN 12; Deschenaux/Tercier 95.

66 Vgl. hinten S. 39 f.

67 Vgl. Burckhardt 534, 540; Meyer-Wild 217/218; v. Wattenwyl 115; Stocker 81. Guhl/Merz/Kummer 173 und Egger, Art. 333 N 5 erwähnen diesen Gesichtspunkt neben anderen. Vgl. auch Auer 12 ff.

2. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER HAFTBARMACHUNG EINES KINDES

§ 1 BEGRIFF DES KINDES

Unter Kind wird im täglichen Sprachgebrauch der Mensch in der Alters- und Entwicklungsphase der Kindheit (Mensch von der Geburt bis zur Pubertät) verstanden, wobei man zwischen Neugeborenem (von der Geburt bis zum 10. Lebenstag), Säugling (im 1. Lebensjahr), Kleinstkind (im 2. Lebensjahr), Kleinkind (2.–6. Lebensjahr) und Schulkind (7.–14. Lebensjahr) unterscheidet¹. Als Jugendliche sodann werden Menschen, die sich im Lebensabschnitt zwischen Kindheit und Erwachsensein befinden, bezeichnet (ca. 14.–18. oder 20. Lebensjahr).

Das Strafrecht kennt die Unterteilung in Kinder (bis zum 7. Altersjahr/vom 7.–15. Altersjahr, vgl. Art. 82 StGB), Jugendliche (vom 15.–18. Altersjahr, vgl. Art. 89 StGB) und junge Erwachsene im Alter zwischen 18 und 20 Jahren (Art. 100 StGB).

Das AHVG z.B. verwendet den Begriff des Kindes nicht einheitlich. Während bei der Beitragspflicht (Art. 3 IIa AHVG) Kindern die Bedeutung der jungen Menschen zukommt, sind bei der Waisenrente (Art. 25 ff. AHVG) Kinder (zwar auch begrenzt bis zu einem bestimmten Lebensjahr) im Verhältnis zu den Eltern gemeint.

Das ZGB behandelt im Familienrecht (2. Abteilung: Die Verwandtschaft) das Kindesrecht², das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern, wobei seit der Revision 1977 die Unterscheidung des ehelichen und ausserehelichen Kindesverhältnisses preisgegeben worden ist. Man versteht unter Kind das Kind der X und des Y, d.h. einen Menschen, der rechtlich einer Mutter (durch Geburt oder Adoption), einem Vater (durch Ehe der Mutter, Anerkennung, richterliches Urteil, Adoption) zugeordnet ist. Je nach Alter sind die Kinder entweder unmündig oder mündig (vgl. Art. 263 I Ziff. 2; 266, 267a, 277 I ZGB).

Obwohl das Kindesverhältnis Wirkungen entfaltet, die weit über die Kindheit eines Menschen hinausgehen (z.B. Art. 328 und 457 II ZGB), handelt es sich beim Kindesrecht doch im wesentlichen um das Unmündigenrecht.

In den Haftpflichtbestimmungen fehlt der Begriff des Kindes. Art. 19 III in Verbindung mit Art. 19 I ZGB nennt die urteilsfähigen, unmündigen Personen. Danach sind Kinder aus Verschulden haftpflichtig (Art. 41 I OR), wenn sie urteilsfähig sind.

¹ Vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Mannheim/Wien/Zürich 1975, Das Grosse Duden Lexikon, Mannheim 1966.

² Im engeren Sinne, vgl. dazu und zum Folgenden Hegnauer 21 ff.; ferner Tuor/Schnyder 227 ff.

Die Gerichtspraxis erwähnt in diesem Zusammenhang häufig das infolge Kindes- oder Jugendlichenalters gemilderte Verschulden und nimmt gemäss Art. 43 I OR eine Schadenersatzreduktion vor. Art. 333 I ZGB betrifft den Fall, in dem u.a. ein unmündiger Hausgenosse einen Schaden verursacht. Nach OR 54 I OR kann aus Billigkeit eine nicht urteilsfähige Person haften.

Mit der Umschreibung "Unmündiger", "Urteilsunfähiger" ist das Kind hier direkt angesprochen, während bei sonstigen Haftpflichtnormen zunächst abzuklären ist, ob sie auch Kinder als Haftpflichtsubjekte einschliessen.

In dieser Arbeit werden unter Kindern die bis ca. 18jährigen erfasst. Gelegentlich wird auch der Ausdruck "Jugendlicher" anstelle von Kind verwendet.

§ 2 ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN DER HAFTPFLICHT

I. Schaden

Eine Schadenersatzpflicht setzt die Existenz eines Schadens voraus, wofür der Ansprecher beweispflichtig ist (Art. 42 I OR). Der Schaden als Vermögensverminderung ist von der immateriellen Unbill zu unterscheiden¹. Er wird definiert als die Differenz zwischen dem gegenwärtigen (d.h. nach dem schädigenden Ereignis festgestellten) Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte². Die Vermögensverminderung kann in *damnum emergens* (das Vermögen ist infolge des schädigenden Ereignisses geringer, als es ohne das schädigende Ereignis wäre) oder *lucrum cessans* (entgangener Gewinn: infolge des schädigenden Ereignisses ist eine Vermehrung des Vermögens unterblieben) bestehen³.

Die Differenztheorie bildet das Fundament des haftpflichtrechtlichen Ausgleichsprinzips. Der Schadensbegriff ist dynamischer Natur und im Rahmen der Rechtsordnung Wandlungen unterworfen. Er ist vor allem in der BRD in Bewegung geraten mit der Tendenz, den Umfang der Schadenersatzansprüche auszuweiten⁴.

Der Schaden ist, wenn eine Rechtsgrundlage fehlt, von demjenigen zu tragen, der von ihm betroffen worden ist (*casum sentit dominus*). Bei Vorliegen eines gesetzlichen Haftungsgrundes findet eine Abwälzung statt.

Schadenersatz ist die völlige oder teilweise Wiedergutmachung eines erlittenen Schadens durch eine andere Person⁵. Grundsätzlich ist für jede Art von Schaden, für

1 Vgl. hinten S. 115 ff.

2 Zum Schaden Oftinger I 53 ff. und Deschenaux/Tercier 48 ff. mit Hinweisen; Keller 39 ff.; siehe auch hinten Schadensberechnung S. 94.

3 Vgl. Keller/Landmann, Tafeln 12a ff.

4 Vgl. Larenz, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, 151 ff.

5 Oftinger I 63; Guhl/Merz/Kummer 80 und zit. BGE.

Personen-, Sachschaden und sonstigen Schaden⁶, Ersatz zu leisten⁷. Für mittelbaren Schaden ist wie für unmittelbaren einzustehen⁸. Hingegen wird für indirekten Schaden nicht gehaftet⁹, doch hat auch hier die neueste Praxis des Bundesgerichts für eine Erweiterung gesorgt¹⁰.

II. Kausalzusammenhang

Es ist ein Postulat der Vernunft, dass zwischen dem haftungsbegründenden Tatbestand und dem Schaden die Beziehung von Ursache und Wirkung bestehen muss. Dies besagen etwa gesetzliche Formulierungen wie "verursacht", "zugefügt", "angerichtet" (vgl. Art. 54 I OR, 55 I OR, 333 I ZGB, 58 I SVG, 41 I OR, 56 I OR).

Zwecks vernünftiger Beschränkung der Haftung stützen sich Lehre und Rechtsprechung unseres Landes auf die Lehre vom *adäquaten* (juristisch erheblichen) Kausalzusammenhang¹¹. Bei dieser Lehre handelt es sich nicht um eine eigentliche Kausalitätstheorie, sondern um ein Zurechnungsproblem¹². Die in jüngster Zeit erneut erhobenen und teilweise berechtigten Kritiken¹³ geben keinen Anlass, sich von der praktisch bewährten Adäquanzlehre abzuwenden¹⁴.

Der adäquate Kausalzusammenhang ist besonders bei der Kausalhaftung bedeutungsvoll, während bei der Verschuldenshaftung "regelmässig schon die Antwort auf die Frage nach dem Vorhandensein eines Verschuldens beim Täter die richtige Lösung herbeiführt"¹⁵.

6 Dazu Keller/Landmann, Tafeln 15 ff.

7 Besonderheiten der Haftung für sonstigen Schaden oder Sachschaden ergeben sich aus den Spezialgesetzen, z.B. Art. 58 I, 61 II SVG, Art. 11, 12 EHG, 27 II EIG usw.

8 Diese Unterscheidung hängt mit dem Kausalzusammenhang zusammen. Vgl. hinten S. 18.

9 d.h. für Schaden, den ein Dritter (= indirekt Geschädigter) durch den Schaden des einen (direkt Geschädigten) erlitten hat (auch Reflexschaden oder Drittschaden genannt). Eine Ausnahme besteht in Art. 45 III OR für diejenigen, die ein Versorgerschaden trifft.

10 Vgl. BGE 102 II 88 ff.; Giovannoni, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, ZSR 96 I 31 ff.; Tercier, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg 1977, 239 ff.; Merz, ZBJV 114, 129 ff.

11 Begründet hat die Lehre im 19. Jahrhundert der Physiologe Johannes v. Kries; sie wurde dann von den Juristen Max Rümelin und Ludwig Traeger fortgeführt. Vgl. dazu Lauri 15 ff. Zum adäquaten Kausalzusammenhang vgl. auch die bei Oftinger I 70 ff. zit. Literatur und Judikatur.

12 Statt vieler Weitnauer 324.

13 Besonders in Deutschland: vgl. die bei Deschenaux 400/401 zit. Autoren; anders Weitnauer 321 ff.

In der Schweiz: Lanz 33 ff.; Deschenaux 408 ff.; Maurer 38. Diese treten eher für eine Normzwecktheorie, die Zurechnung nach dem Schutzzweck der haftpflichtbegründenden Norm ein. Vgl. dazu auch H. Tandogan, De l'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illicéité (Rechtswidrigkeitszusammenhang) et d'adéquation sociale (Sozialadäquanz), Publications de l'Association de droit comparé, no 7, Ankara 1972; Merz, ZBJV 114, 130 f.

14 Vgl. Oftinger I 73 FN 6; Châtelain 220.

15 Guhl/Merz/Kummer 85; vgl. auch Giovannoni 251/252 und FN 22.

Kern der Lehre ist die Wahrscheinlichkeitstheorie¹⁶. Ausgangspunkt bildet der natürliche Kausalzusammenhang, wonach Ursache jede Bedingung ist, die zum Schaden geführt hat (*conditio sine qua non*)^{17,18}. Von diesen Bedingungen wird nun eine Auswahl getroffen.

Haftungsbegründend ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Ursache, "die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens geeignet ist, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jene Ursache allgemein als begünstigt erscheint"¹⁹. Es kommt auf "die generelle Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen"²⁰. Der Richter hat vom tatsächlich eingetretenen Schaden auszugehen und rückblickend zu entscheiden, ob dieser objektiv geeignet ist, als Wirkung einer bestimmten Ursache betrachtet zu werden²¹. Es geht also um eine objektive nachträgliche Prognose, eine *ex post* zu beurteilende objektive Voraussehbarkeit²².

Der adäquate Kausalzusammenhang muss vom Schadenersatzkläger bewiesen werden²³.

Als Ursache, welche die Haftbarkeit des Kindes begründet, steht das schuldhafte Verhalten (eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung des Kindes) gemäss Art. 41 OR im Vordergrund; allenfalls kommt noch das Verhalten des Kindes als Urteilsunfähiger gemäss Art. 54 I OR in Frage²⁴.

Die Kasuistik ist hier nicht ergiebig, denn der adäquate Kausalzusammenhang wird zumeist als selbstverständlich gegeben erachtet. In einem Fall, in welchem Knaben in bewohntem Gebiet einen Drachen (mit mindestens 500 m Schnur)

16 Weitnauer 331 ff.

17 Statt vieler Deschenaux 402 ff.; Lanz 15 f.; Giovannoni 257. Der natürliche Kausalzusammenhang stellt eine Tatfrage dar, der adäquate eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsfrage. BGE 93 II 337; 91 II 209/210; 80 II 342; Deschenaux/Tercier 56.

18 Eine Unterlassung ist für sich allein nicht kausal, hingegen nach praktischen und juristischen Erwägungen, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht (z.B. bei Art. 333 ZGB, 55 OR, bei der Schaffung eines gefährlichen Zustandes). Vgl. Oftinger I 88 ff.; v. Tuhr/Peter 95/96; Becker, Art. 41 N 16; Ghani H. Taha, *L'omission illicite comme source de la responsabilité civile délictuelle*, Diss. Genf 1966, 54 ff.

19 Statt vieler BGE 91 II 210; 101 II 73.

20 BGE 89 II 250.

21 Es können in diesem Sinne nach der Bundesgerichtspraxis im Einzelfall sogar singuläre Folgen adäquat sein (vgl. BGE 87 II 127 und Zitate), was Kritik herausfordert. Vgl. Lanz 36 ff.; Giovannoni 261/262; Maurer 17.

22 Vgl. BGE 101 II 73 und Zitate; Oftinger I 76/77; Keller 49; a.M., es gehe bei der Verschuldenshaftung um eine subjektive Voraussehbarkeit (Identität zwischen Adäquanz und Verschulden): Schwartz, BJM 1970, 1 ff.; Lanz 68 ff.; Deschenaux/Tercier 63; Deschenaux 412, 423/424 (Relativierung durch Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs); Widmer, ZBJV 112, 207/208; vgl. ferner BGE 36 II 22/23; 66 II 120 (Sachverhalte nachfolgend). Identität zwischen Adäquanz und Fahrlässigkeit bejaht auch Maurer (52 ff.), wobei nach ihm beide Begriffe objektiv gehalten sind.

23 Näheres zum Beweis bei Oftinger I 80 ff.; Keller 64 ff.

24 Um eine Motorfahrzeughalter-Haftpflicht des Kindes nach SVG zu begründen, ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb (bzw. Nichtbetrieb) eines Motorfahrzeugs und dem Unfall bzw. Schaden erforderlich, was am gegebenen Ort behandelt wird.

haben steigen lassen²⁵, wird ausgeführt, es liege wegen der Absturzgefahr des Drachens im gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass die Schnur über öffentliche Verkehrsstrassen zu liegen komme und dadurch den Verkehr behindere, so dass ein Velo- oder Motorradfahrer zu Fall kommen könne. Zwischen dem Steigenlassen des Drachens und dem Sturz bzw. der Verletzung des Solexfahrers bestehe deshalb ein adäquater Kausalzusammenhang.

Weitere Urteile zur Adäquanz bei Verschuldenshaftung des Kindes sind im folgenden zu erwähnen.

In aller Regel sind neben der Ursache, für die der Haftpflichtige verantwortlich ist, andere beteiligt. Das Kind haftet selbst dann, wenn es nur eine adäquate *Teilursache* gesetzt hat²⁶. Mittelbare Verursachung genügt; d.h. tritt zu einer zeitlich ersten Ursache (der mittelbaren) eine weitere (Zwischenursache = unmittelbare) hinzu, um den Erfolg zu bewirken, so kann Haftung aufgrund der ersten bestehen, sofern dieselbe noch adäquat kausal ist. Als Beispiele seien erwähnt:

- Der 15jährige Knabe A übergibt ein Luftgewehr samt Munition dem 12 1/2-jährigen Knaben B, der in der Folge damit dem Knaben C eine Augenverletzung beibringt²⁷.
- Knabe A wirft bei einem Streit als erster einen Stein nach dem Knaben B; B wirft ebenfalls einen Stein, trifft und verletzt aber das Mädchen C²⁸.

Zwischen der Gewehrübergabe und dem Steinwurf der Knaben A und der Augenverletzung der Kinder C liegt ein mittelbarer Kausalzusammenhang vor.

Als weitere Beispiele, wobei Erwachsene die mittelbare Ursache setzen, sind zu nennen:

- Garagisten lagern leere offene Benzinfässer auf einem öffentlichen Platz; ein Knabe hält ein brennendes Zündholz daran, wodurch eine Explosion entsteht und ein anderer Knabe verletzt wird²⁹.
- Bauunternehmer lagern gelöschten Kalk auf einem Schulhof; ein Knabe bewirft einen andern damit, wodurch letzterer am Auge verletzt wird³⁰.

Ein mittelbarer Schaden ist ein Schaden, der über Zwischenursachen entstanden ist, z.B. bei einem Beinbruch der Bruch des anderen Beines, den sich der Patient infolge seiner Unbeholfenheit zuzieht³¹.

25 BJM 1969, 24 f. E 3.

26 Oftinger I 96/97; v. Tuhr/Peter 88; Giovannoni 274 mit Zitaten; zum ganzen Problem der Konkurrenz von Teilursachen vgl. Keller/Landmann, Tafeln 22 ff.

27 SJZ 63, 236 ff. Nr. 123 = ZR 66 Nr. 107 S. 210 ff.; vgl. auch BGE 29 II 303 f.; unrichtig BGE 41 II 90 ff., insbes. 93/94. (Ein Vater kauft seinem Sohn ein Flobertgewehr; dieser überlässt es Kameraden, der einen dritten Knaben verletzt. Zwischen Kauf und Schaden wird ein adäquater Kausalzusammenhang verneint.)

28 BGE 38 II 473/474. Hier geht es zwar um die Haftpflicht des Vaters des Knaben A.

29 BGE 66 II 119/120.

30 BGE 36 II 22/23.

31 BGE 33 II 570 ff.; vgl. auch Oftinger I 106 und Zitate; v. Tuhr/Peter 88/89.

Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang gelegentlich von einem entfernten Kausalzusammenhang³² und nimmt eine Schadenersatzreduktion vor³³. Hier geht es jedoch einzig um die Voraussetzungen der Haftpflicht, um die Frage, ob der adäquate Kausalzusammenhang gegeben ist oder nicht. Ist er gegeben, dann besteht Haftpflicht.

Wirkt eine andere Ursache als die vom haftpflichtigen Kinde zu vertretende mit: Zufall – ein vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis –³⁴ oder im besonderen eine konstitutionelle Prädisposition – einem menschlichen Organismus eigene Anfälligkeit für Schädigungen –³⁵ oder ein Selbstverschulden³⁶, so zeigen sich die Folgen für das verantwortliche Kind bei der Schadenersatzbemessung. Wirkt ein Drittverschulden (wie in den soeben auf S. 18 erwähnten Fällen) oder ein Drittverhalten³⁷ mit, so ist dies beim Regress³⁸ zu berücksichtigen.

Weil somit die Kausalitätsfrage praktisch alle Gebiete des Haftpflichtrechts betrifft, wird sie auch als dessen Zentralproblem bezeichnet³⁹.

Inadäquat ist der Kausalzusammenhang, wenn der adäquate entweder von vorneherein fehlt⁴⁰ oder ein Unterbrechungsgrund gegeben ist.

*Unterbrechung*⁴¹ liegt vor, wenn eine zweite Ursache sich dermassen einschiebt, dass die ursprüngliche in den Hintergrund gedrängt wird und juristisch als nicht mehr relevant erscheint. Solche Unterbrechungsgründe werden *Entlastungs-* oder *Exzeptionsgründe* genannt.

In den Spezialgesetzen werden höhere Gewalt – ein zu grosser Intensität gesteigerter Zufall –⁴², (grobes) Selbst- und (grobes) Drittverschulden erwähnt (z.B. Art. 1 I EHG; 27 I EIG; 59 I SVG; 36 II GSchG). Diese Entlastungsgründe gelten allgemein auch für OR und ZGB⁴³. Die Unterschiede in den spezialgesetzlichen Formulierungen sind kaum relevant⁴⁴, denn der Unterbrechungsgrund muss stets mit der notwendigen *Intensität* auftreten, welche je nach dem haftpflichtbegründenden Ereignis variiert. Er muss z.B. um so intensiver wirken, je grösser die Betriebsgefahr ist.

32 Es gibt strenggenommen keine Abstufungen des Kausalzusammenhangs. Vgl. Oftinger I 107; Keller 51 f.; v. Büren 55; Giovannoni 277/278; Lanz 77 ff.; Widmer, ZBJV 112, 208.

33 BGE 83 II 414; 61 II 90, 114; 36 II 24 (Sachverhalt S. 18).

34 Vgl. S. 106.

35 Vgl. S. 105.

36 Vgl. S. 100 ff.

37 Dritte sind Personen, die weder mit dem Haftpflichtigen noch mit dem Geschädigten bzw. Personen, für welche diese eintreten müssen, identisch sind.

38 Vgl. S. 138 ff.

39 Vgl. Oftinger I 71 und 104.

40 Vgl. Beispiel bei Oftinger I 108.

41 Fast kein Autor versäumt, darauf hinzuweisen, dass diese Bezeichnung unlogisch sei. Vgl. Oftinger I 109 FN 151 und Zitate; Stark, Entlastungsgründe 70.

42 Genauer zur Definition bei Oftinger I 114/115, 118 ff. und den dort zit. Autoren sowie bei Keller/Landmann, Tafel 40.

43 Oftinger I 117; Guhl/Merz/Kummer 85; Giovannoni 277; Maurer 30, 45.

44 Vgl. Stark 21 ff. und Zitate.

Da ein Kind meistens nach Art. 41 OR haftet, erübrigt es sich, an dieser Stelle näher auf die Unterbrechung bei Gefährdungshaftungen einzutreten.

Bei der Haftpflicht eines Kindes nach Art. 41 OR findet sich in der publizierten Praxis kein Fall einer Entlastung.

Das Bundesgericht erachtet einen Föhnsturm, der einen Elektrizitätsmast umwirft, als nicht geeignet, den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten eines 12jährigen (der die Schraubenmuttern gelöst hat) und dem Schaden zu unterbrechen, da der Föhnsturm eine "normale und voraussehbare Erscheinung" darstelle⁴⁵.

In einem neuen Entscheid⁴⁶ sieht es den Kausalzusammenhang zwischen dem gemeinsamen Spiel mit Pfeil und Bogen von drei 9jährigen Knaben und dem Schaden (Augenverletzung eines Knaben) durch das Verhalten des einen Schützen als nicht unterbrochen. Es liege im Rahmen des erfahrungsgemäss Möglichen, dass im Eifer aus zu grosser Nähe und zu hoch geschossen werde.

Im bereits erwähnten Fall einer Gewehrübergabe⁴⁷ vermag das Verhalten des 12 1/2jährigen Schützen den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des 15jährigen und dem Schaden nicht zu unterbrechen. Gleichfalls fehlt dem Selbstverschulden eines 12jährigen, der von einem 10 1/2jährigen anlässlich eines "Chriegerlspiels" mit einem Luftgewehr verletzt wird, die Kraft zur Unterbrechung^{48,49}.

Schädigt ein Kind ein anderes und kann ihm mangels subjektiver Voraussetzung kein Verschulden zur Last gelegt werden, so ist streitig, ob sein Verhalten als dasjenige eines Urteilsunfähigen zur Unterbrechung tauglich sei oder nicht. Stark⁵⁰ lehnt dies ab, während nach Oftinger⁵¹ ein wegen fehlender Urteilsfähigkeit unverschuldetes menschliches Verhalten sehr wohl diejenige Intensität aufweisen kann, die nötig ist, um den Kausalzusammenhang zu unterbrechen. Die Praxis zieht diesen Schluss allerdings nicht⁵².

Verletzt ein Kind ein anderes, so kann dessen aufsichtspflichtige Eltern ein Drittverschulden treffen⁵³, welches den Kausalzusammenhang unterbricht. Die Judikatur

45 BGE 90 II 11.

46 BGE 104 II 187: Der Kausalzusammenhang wird auch nicht durch das Selbstverschulden des Geschädigten (der sich am gefährlichen Spiel beteiligt hat) unterbrochen. Ähnlich: U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 22 f.

47 Vgl. S. 18 FN 27.

48 ZR 74 Nr. 25 S. 50.

49 Kinder-Verschulden als Selbst- oder Drittverschulden ist selten geeignet, den Kausalzusammenhang zu unterbrechen. Unterbrechung verneint bei Verschuldenshaftung erwachsener Personen: BGE 66 II 120; 36 II 22/23; bei Gefährdungshaftungen: u.a. BGE 102 II 365 ff.; 72 II 203/204.

Unterbrechung hingegen angenommen in älteren, nicht publizierten Entscheiden, zit. bei Bussy N 26 und Oswald, BJM 1967, 6/7 FN 12.

50 24, 818 und Entlastungsgründe 196 ff.

51 I 113; gl.M. Merz, ZSR 86 II 811/812; Keller 59; der Sache nach Maurer 43 ff.

52 Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die meisten Entscheide auf Spezialgesetze beziehen, welche das Selbst- bzw. Drittverschulden ausdrücklich erwähnen. Keiner der nachfolgenden Entscheide handelt von der Haftpflicht eines Kindes.

EHG: BGE 102 II 367 und zit. BGE, so insbes. 60 II 147; 95 II 259;

Art. 58 OR: BGE 60 II 224.

53 Vgl. hinten S. 106.

nimmt jedoch fast durchwegs an, einem solchen Drittverschulden fehle es an der hierfür notwendigen Intensität⁵⁴.

III. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit, in Art. 41 I OR ausdrücklich erwähnt, ist stets vorausgesetzt, auch bei der Kausalhaftung⁵⁵. Sie ist wie der Schaden und der adäquate Kausalzusammenhang vom Ansprecher zu beweisen. Die Widerrechtlichkeit als objektive Normwidrigkeit unterscheidet sich vom Verschulden. Auch ein Urteilsunfähiger kann widerrechtlich handeln⁵⁶.

Widerrechtlichkeit bedeutet nach der herrschenden *objektiven Theorie* einen Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen, die ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben⁵⁷. Nach der Formel des Bundesgerichts ist ein schädigendes Verhalten widerrechtlich, "wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen"⁵⁸.

Verhaltensnormen ergeben sich aus der gesamten Rechtsordnung. Solche enthalten u.a. das Straf- und Verwaltungsrecht (insbesondere Polizeirecht). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein ungeschriebener Rechtssatz, wonach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft, verpflichtet ist, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen⁵⁹. Ein Verstoss gegen Normen, die mittelbar dem Schutze der Rechtsgüter (Leben, körperliche Integrität, Eigentum usw.) dienen, wird als Widerrechtlichkeit im *weiteren Sinne* bezeichnet⁶⁰.

Widerrechtlich im *engeren Sinne* ist ein Verstoss gegen das allgemeine Verbot, jemanden zu töten, jemandes körperliche Integrität und Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) zu verletzen, sein Eigentum zu beeinträchtigen usw. Alle diese Verbote

54 Die aufgeführten Entscheide handeln nicht von der Haftpflicht eines Kindes gegenüber einem anderen Kinde; es geht um die meist spezialgesetzliche Haftpflicht anderer Subjekte gegenüber einem Kinde. Nach EHG: vgl. BGE 95 II 259 ff.; 81 II 162 f.; 72 II 203/204; 39 II 320; 33 II 500 f.; anders BGE 60 II 147: Das Drittverschulden der Eltern, speziell des Vaters als des Familienhauptes, ist zur Unterbrechung geeignet, wenn er ein 14jähriges schwachsinniges Mädchen allein im Zug reisen lässt. Zu Art. 58 OR vgl. BGE 41 II 228/229.

55 Vgl. Oftinger I 135/136 und zit. Gegenmeinungen (so auch Deschenaux/Tercier 44); Oftinger, 8. internat. Kongress 110; Engel 304.

56 Was nicht unbestritten ist. Vgl. FN 55; Keller/Landmann, Tafel 44; Ernst Känzig, Die Widerrechtlichkeit ..., Diss. Bern 1939, 71 ff.

57 Vgl. Oftinger I 128 und Zitate. Demgegenüber betrachtet die subjektive Theorie als widerrechtlich jede Schädigung, zu welcher der Schädiger nicht ausdrücklich befugt ist. Zum Theorienstreit vgl. auch Deschenaux/Tercier 71 f.

58 BGE 91 II 405 und dort zit. BGE.

59 Vgl. BGE 82 II 28 und die dort zit. BGE; BJM 1969, 26.

60 Vgl. dazu und zum Folgenden Oftinger I 129 ff.; Merz 312 ff.; Yung 111; Keller/Landmann, Tafel 45.

basieren auf dem „*alterum non laedere*“. Die Grundnormen bezwecken den Schutz der Rechtsgüter unmittelbar.

Bei Verletzung eines *subjektiven, absoluten Rechts* ist folglich die Widerrechtlichkeit von selbst gegeben⁶¹.

Beide Arten von Widerrechtlichkeit können zusammen auftreten. Als Beispiele seien erwähnt:

- Ein 15jähriger Skifahrer verletzt einen am Wege stehenden Mann⁶².
- Kinder verursachen beim Drachenspiel einen Verkehrsunfall⁶³.

Hier wurde der Geschädigte jeweils in seiner körperlichen Integrität getroffen und gleichzeitig ein gefährlicher Zustand geschaffen, ohne dass das zur Abwehr eines Schadens Geeignete vorgekehrt worden wäre.

Merz⁶⁴ erachtet es bei Verletzung eines absoluten Rechtsgutes richtigerweise als überflüssig, noch die Verhaltensnorm mit mittelbarem Schutzzweck heranzuziehen, was gerade beim gefährlichen Zustand zu einer Überschneidung mit dem Verschuldensbegriff führt.

Über die absoluten Rechte hinaus schützt unsere Rechtsordnung private ökonomische Interessen nur bedingt. Die nicht durch Verletzung eines absoluten Rechtsgutes bewirkte Vermögensschädigung kann zu Schadenersatz führen, wenn eine Norm missachtet wird, die dem Schutze privater Interessen dient. Dies trifft z.B. beim Betrug zu. Die Widerrechtlichkeit wird in einem solchen Falle nur bejaht, wenn die angerufene Norm tatsächlich — unter anderem — bezweckt, den Geschädigten zu schützen (Rechtswidrigkeitszusammenhang)⁶⁵.

In Kinder-Haftpflichtfällen ist wie überhaupt in den meisten Haftpflichtfällen die Widerrechtlichkeit ohne weiteres gegeben. Ganz wenige Gerichtsurteile nehmen darauf Bezug⁶⁶.

Die Widerrechtlichkeit ist *ausgeschlossen*:

- kraft bestimmter Befugnisse des öffentlichen Rechts⁶⁷,

61 Statt vieler Merz 309 f. Känzig (a.a.O. 49 ff.) und Jean Darbellay (Théorie générale de l'illicéité, Fribourg 1955, 61, 169) präzisieren, dass nicht die Verletzung des subjektiven Rechts widerrechtlich sei, sondern der dahinterstehenden Verhaltensnorm (Reflexwirkung der Verletzung einer Rechtsnorm).

62 BGE 82 II 28.

63 BJM 1969, 26. Weitere Beispiele bei Yung 113.

64 315/316; ZBJV 94, 65/66.

65 Vgl. Deschenaux/Tercier 73. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist vom adäquaten Kausalzusammenhang zu unterscheiden. Vgl. Oftinger I 131/132; Tandogan und Merz (beide zit. S. 16 FN 13).

66 Ausser den bereits oben erwähnten Entscheiden vgl. etwa vorinstanzliches U des Appellationshofes Bern vom 9. Dezember 1975 i.S. Dunkel gegen Bühlmann; U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 14 und ZR 74 Nr. 25 S. 50 = SJZ 71, 351/352 Nr. 149 (wo mehr beiläufig erwähnt wird, dass Widerrechtlichkeit gegeben sei).

67 Vgl. Känzig (zit. FN 56) 180 ff.

- kraft Wahrung überwiegender privater Interessen (Notwehr, Art. 52 I OR; Notstand, Art. 52 II OR; Selbsthilfe, Art. 52 III OR)⁶⁸,
- kraft Einwilligung des Geschädigten⁶⁹.

Hiezu ist zu bemerken, dass die *Einwilligung*, soll sie die Rechtswidrigkeit ausschliessen, selbst im Rahmen der Rechts- und Sittenordnung bleiben muss; der alte Grundsatz “*volenti non fit iniuria*” gilt nicht uneingeschränkt. Auf das Leben kann nicht verzichtet werden. Ein Eingriff in die körperliche Integrität ist zulässig, wegen des überwiegenden Interesses an der Heilung, z.B. bei einer Operation.

Die Einwilligung des Verletzten in eine schädigende Handlung setzt lediglich Urteilsfähigkeit voraus⁷⁰.

Der Einwilligung nähert sich die sogenannte erlaubte Risikoübernahme, etwa beim sportlichen Wettkampf⁷¹. Bei Schädigungen, die sich Jugendliche bei Sport und Spiel zufügen, fragt es sich, ob das Risiko einer Verletzung freiwillig übernommen worden sei und damit das Moment der Widerrechtlichkeit entfalle. In diesen Fällen besteht zwar keine Einwilligung zu Körperverletzungen, jedoch eine solche zu unvermeidbaren Gefährdungen. Es sind die entgegenstehenden Interessen abzuwägen: einerseits der Zweck des körperlichen Trainings, andererseits die Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes.

Solange die Spielregeln eingehalten sind, ist allenfalls eine erlaubte Schädigung anzunehmen⁷². Schliesst jedoch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nicht aus, so kann ihr bei der Schadenersatzbemessung (Selbstverschulden) Rechnung getragen werden.

Bei von Kindern betriebenen gefährlichen Spielen (z.B. mit Luftgewehren, Pfeilen und Bogen), bei denen vielfach die Spielregeln nicht eingehalten werden, sprechen sich die Gerichte praktisch nie zur Frage des Widerrechtlichkeitsausschlusses aus⁷³. Hingegen erfolgt in der Regel eine Schadenersatzreduktion wegen mitwirkenden Selbstverschuldens^{74, 75}.

68 Vgl. Valentin Landmann, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975; Marcus Desax, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg 1977, 43 ff.

69 Vgl. dazu Becker, Art. 41 N 47; Oser/Schönenberger, Art. 41 N 22; v. Tuhr/Peter 419; Keller 71; Guhl/Merz/Kummer 181/182; Jäggi, ZSR 79 II 205a f.; Känzig (zit. FN 56) 160 ff.

70 Bucher, Art. 17/18 N 21.

71 Vgl. auch Eichenberger 120 ff. und die S. 101 FN 45 zit. Autoren.

72 Vgl. BGE 42 II 47 ff.; SJZ 36, 191 Nr. 132: “Wer an einem Spiel im Freien, z.B. an einem Fussball-Match teilnimmt, nimmt damit das einem solchen Spiel innewohnende Risiko auf sich, nicht aber die absichtliche Verletzung von Spielregeln durch andere Teilnehmer.” Vgl. ferner Sem.jud. 61, 471 ff.

73 In ZR 74 Nr. 25 S. 50 = SJZ 71, 351/352 Nr. 149 wird lediglich gesagt, dass das Mitverschulden des Klägers die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Beklagten nicht aufzuheben vermöge.

74 Vgl. hinten S. 102.

75 Ausnahmsweise sei noch ein deutsches Urteil (r+s März 1977, 56) herangezogen, das zum vorliegenden Problemkreis bei einem Minigolfspiel wie folgt Stellung nimmt:

“Die Rechtswidrigkeit ist nicht etwa durch Einwilligung des Klägers ausgeschlossen, weil der

§ 3 BESONDERE VORAUSSETZUNGEN

I. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)

A. Anwendbarkeit

Bevor auf die materiellen Voraussetzungen von Art. 41 OR einzutreten ist, muss diese Norm überhaupt anwendbar sein. Ist nämlich ein spezialgesetzlicher Tatbestand auf den Sachverhalt zugeschnitten, so kommt die Spezialvorschrift ausschliesslich zum Zuge¹. Handelt es sich z.B. beim Kind um einen Strolchenfahrer im Sinne von Art. 75 I SVG, so wird sein Verschulden nur als ein zusätzliches Kausalhaftendes gewürdigt; einer selbständigen Anwendung von Art. 41 OR steht dann die Spezialvorschrift im Wege. Auch die Kausalhaftungen des OR stellen im Hinblick auf Art. 41 OR *leges speciales* dar. Eine Ausnahme besteht lediglich hinsichtlich Art. 54 I OR, der seinerseits eine Ausnahme von der Verschuldenshaftung statuiert². Haftet das Kind nicht nach einer bestimmten Kausalhaftungsnorm, so ist die Verschuldenshaftung anwendbar, die alle Lebensbereiche erfasst.

B. Urteilsfähigkeit

1. Verhältnis zu den Begriffen Deliktsfähigkeit und Verschulden

Urteilsfähige Unmündige werden gemäss Art. 19 III ZGB aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig, d.h. sie sind deliktsfähig. Deliktsfähigkeit ist als Verschuldensfähigkeit zu verstehen³. Diese ist einzig an die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit geknüpft⁴. Urteilsunfähige sind schuldunfähig (Art. 18 ZGB). Dennoch haften sie im Falle von Art. 54 II OR aus Verschulden, wenn sie sich, bei vorübergehender Urteilsunfähigkeit, schuldhaft in diesen Zustand versetzt haben. Hier wird ein Verschulden präsumiert⁵.

Der Verschuldensbegriff setzt auf seiner *subjektiven Seite* Urteilsfähigkeit voraus⁶. Die *objektive Seite* bezieht sich auf die Frage nach der Abweichung vom

Kläger sich in eine Gefahrensituation begeben hat, indem er Minigolf spielte. Die Annahme einer Einwilligung in eine Verletzung wäre eine künstliche Unterstellung.

Begibt sich der Geschädigte bewusst in Gefahr, so ist die Ersatzpflicht des Schädigers vielmehr nach den Grundsätzen über das mitwirkende Verschulden zu beurteilen."

1 Vgl. dazu Oftinger I 479 ff.

2 Hinten S. 39 f.

3 Bucher, Art. 19 N 371/372.

4 Bucher, Art. 19 N 362; Egger, Art. 19 N 21; Deschenaux/Tercier 79.

5 Vgl. Oftinger I 154; Bucher, Art. 16 N 36; Keller/Landmann, Tafel 157a.

6 Oftinger I 141, 154; derselbe, Colloquium (zit. im Literaturverzeichnis unter Yung) 184; Merz 317; Petitpierre 66a; Schwander 10; Pache 73/74; SJZ 63, 237 Nr. 123.

Durchschnittsverhalten. Wenn nur von Verschulden (Fahrlässigkeit) gesprochen wird, ist stets die objektive Seite gemeint. Hier hat sich der *objektivierte Verschuldensbegriff* durchgesetzt⁷, so dass es sich fragt, wie sich die Urteilsfähigkeit in ihrem subjektiven Gehalt zu diesem stellt. Da nach dem objektivierten Verschuldensbegriff eine Entschuldbarkeit aus rein subjektiven Gründen nicht zugelassen wird und die Urteilsfähigkeit gerade auf die Frage der subjektiven Möglichkeit der Schadenvermeidung und auf die persönliche Vorwerfbarkeit Bezug nimmt, wäre zu folgern, dass nach dem objektivierten Verschuldensbegriff eine Berufung auf Urteilsunfähigkeit ausgeschlossen ist⁸.

Die Objektivierung des Verschuldensbegriffs findet jedoch an der Urteilsfähigkeit ihre Schranke⁹. Unter Umständen lässt sich das Ergebnis, das sich aufgrund des objektivierten Verschuldensbegriffs ergäbe, durch das Erfordernis der Urteilsfähigkeit mildern¹⁰.

Damit ein objektivierter Verschuldensbegriff gelten kann, ist die Urteilsfähigkeit doch nicht allzu subjektiv zu beurteilen; d.h. bei geringen Abweichungen soll dem Täter die Urteilsfähigkeit nicht bereits abgesprochen werden¹¹. Die Lösung ist hier also wertend zu finden¹².

In der Praxis lässt sich die Beurteilung der Urteilsfähigkeit oft sachlich nicht scharf trennen von derjenigen des Verschuldens¹³. So kann sich eine Schadenersatzreduktion wegen leichten Verschuldens auch auf verminderte Urteilsfähigkeit stützen, obwohl es eine solche im Zivilrecht an sich nicht gibt¹⁴. Die Verschuldensfähigkeit ist demnach – im Gegensatz zur Geschäftsfähigkeit, wo sich ein Ja/Nein gegenüberstehen – sogar einer quantitativen Abstufung fähig. Unter den Voraussetzungen der Haftpflicht genügt es zu prüfen, ob Urteilsfähigkeit gegeben ist oder nicht¹⁵.

7 Siehe hinten S. 35.

8 Vgl. Bucher, Art. 16 N 124.

9 Vgl. Guhl/Merz/Kummer 184; v. Tuhr/Peter 430; Homberger 28a/29a; Aebi 58/59: Urteilsfähigkeit als Urteil über individuelle Eigenschaften "bringt in jeden Verschuldensbegriff das Moment eines relativen Subjektivismus".

10 Vgl. Otfinger I 155; Aebi 89.

Urteilmotive halten bei Kindern oft fest, dass, objektiv betrachtet, eine Unsorgfalt vorliege, jedoch die Urteilsfähigkeit fehle (so BGE 89 II 60 (SV); 60 II 43/44 (SV); 58 II 216 (SV); ZBJV 88, 485/486 (SV)) oder, dem Sinne nach, nur vermindert (dazu nachfolgend) gegeben sei (vgl. etwa BGE 66 II 201 (SV); 63 II 61 (SV)). Vgl. jedoch Näheres hinten S. 97.

Bei den mit (SV) gekennzeichneten Entscheiden geht es um das Selbstverschulden von Kindern. Es werden auch im folgenden solche Entscheide herangezogen.

11 Aebi 95.

12 Vgl. Bucher, Art. 16 N 124.

13 Vgl. Bucher, Art. 16 N 111, 118; Art. 19 N 374; BGE 71 I 57/58 (SV); 72 II 204/205 (SV). In BGE 104 II 186 erfolgt die Prüfung der Urteilsfähigkeit nach praktisch gleichen Kriterien wie in ZR 74 Nr. 25 S. 49/50 (= SJZ 71, 351 Nr. 149) diejenige der Fahrlässigkeit. Vgl. auch SJZ 63, 237/238 Nr. 123.

14 Vgl. BGE 102 II 367/368 (SV); hiezu kritisch Merz, ZBJV 114, 135 f.; ferner 72 II 204 (SV); 66 II 201 (SV); 63 II 61 (SV); BJM 1973, 293. Die Betrachtungsweise des BGer in JT 1973 I 450/451 (SV) scheint zu einer strengeren Haftung des vermindert Urteilsfähigen zu führen. Vgl. auch Bucher, Art. 16 N 4a, 110; Art. 19 N 394 ff.; Binder 53, 37 f.

15 Vgl. jedoch Bucher, Art. 16 N 4a; Art. 19 N 397.

2. Begriff

Vorerst sei festgehalten, dass der Zivilrichter die Urteilsfähigkeit unabhängig von der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit zu prüfen hat, weil die beiden Begriffe nicht identisch sind (Art. 53 I OR)¹⁶.

Art. 16 ZGB umschreibt die Urteilsfähigkeit, und zwar sowohl für den rechtsgeschäftlichen als auch den deliktischen Bereich. Sie ist danach gegeben, wenn die Urteilsunfähigkeit fehlt. Nach der in dieser Norm verwendeten gemischten Methode (biologisch-psychologisch)^{17,18} ist urteilsunfähig, wer psychologisch eine bestimmte Fähigkeit nicht besitzt, aber nur, wer diese infolge bestimmter, im Gesetz aufgezählter, physiologischer Ursachen, wovon eine das Kindesalter ist, nicht besitzt. Positiv beruht die Urteilsfähigkeit auf der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Diese besteht nach Lehre und Rechtsprechung aus zwei Elementen: einmal aus einem *intellektuellen*, aus der Fähigkeit zur richtigen Erkenntnis, und sodann aus einem *charakterbedingten* (*Willenselement*), aus der Fähigkeit, sich gemäss dieser Erkenntnis zu verhalten¹⁹.

Unser Gesetz sieht *keine* bestimmte *Mindestaltersgrenze* für die Urteilsfähigkeit vor, wie etwa das deutsche Recht (7 Jahre nach § 828 I BGB). Dabei ist erstaunlich, dass ausgerechnet unser Privatrecht mit seiner Standardisierungstendenz auf eine feste Altersgrenze verzichtet, während das Strafrecht, das zur Individualisierung tendiert, eine starre Regelung trifft²⁰.

Der Begriff der Urteilsfähigkeit ist *relativ*²¹. Es ist zu untersuchen, ob das Kind im Hinblick auf die in Frage stehende Handlung die Fähigkeit besass oder nicht. Sie muss zur Zeit der fraglichen Handlung vorhanden gewesen sein. Es ist also nach der "Urteilsfähigkeit – wozu" zu fragen²². Dabei sind die *konkreten Umstände* des Einzelfalles heranzuziehen, mithin die objektiven Anforderungen der betreffenden Situation zu berücksichtigen, weil je nach Art der Verhältnisse das erforder-

16 Vgl. Oftinger I 156 f.; Egger, Art. 16 N 1; Bucher, Art. 16 N 123; Oser/Schönenberger, Art. 53 OR N 5; Binder 19 ff.; Schärer 64; Schwander 10 FN 23; Lutz 98; SJZ 7, 87 Nr. 85.

17 Vgl. Egger, Art. 16 N 2; Aebi 90 ff.

18 Zur Entstehungsgeschichte dieses Artikels vgl. Egger, Art. 16 N 3; Tuor/Schnyder 66/67; Lutz 29 ff.; Peter 21 f.

19 Vgl. Egger, Art. 16 N 2, 4 f.; Bucher, Art. 16 N 114 ff.; Tuor/Schnyder 67; Deschenaux/Tercier 79; Engel 316 oben; Keller 75; Sauser-Hall, SJK 573 Ziff. 3; Grossen 318; Binder 11 f.; Bussy N 7, 9; Schwander 10; Lutz 35; BGE 102 II 363, 367 (SV); 90 II 11/12 und zit. BGE; 71 II 121 (SV); 71 I 57 (SV); 54 II 140 (SV); SJZ 65, 242 Nr. 128; ZBJV 88, 485/486 (SV); BJM 1973, 292; 1969, 26.

20 Aebi 92/93.

21 Vgl. dazu Oftinger I 154 FN 102; Egger, Art. 16 N 6 ff.; Bucher, Art. 16 N 109 und 87 ff.; Tuor/Schnyder 67/68; Guhl/Merz/Kummer 184; v. Tuhr/Peter 431; Engel 316; Deschenaux/Tercier 79; Keller 75; v. Büren 57 FN 75; Binder 30 ff.; Grossen 319/320; Sauser-Hall, SJK 573 Ziff. 4; SJK 575 Ziff. 2a; Bussy N 7 und 9; Schwander 11; Lutz 37 ff.; Peter 67 ff.; Pache 74; Aebi 93/94; BGE 90 II 12 und zit. BGE; 43 II 208; SJZ 65, 241 Nr. 128; Sem.jud. 97, 100; BJM 1973, 292/293; 1969, 26.

22 Egger, Art. 16 N 6.

liche Mass an Einsicht variiert; sodann sind die persönlichen Umstände wie Alter, Reife, körperliche und geistige Entwicklung (geistige Möglichkeit der Einsicht in die schädigende Handlung), allgemein die Individualität des Kindes (unter Vorbehalt der eingangs auf S. 25 gemachten Bemerkungen) zu würdigen.

Die massgebenden Kriterien der Urteilsfähigkeit im Sinne der Verschuldensfähigkeit²³ sind:

– *Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit (Gefahr) und in das Unrecht der Schadenszufügung*

Vorausgesetzt wird die Einsicht in die Gefahr der Schädigung, das Erkennen der Schädigungsmöglichkeit. Das Bundesgericht spricht von “discerner le caractère dangereux de son comportement”²⁴ oder erklärt, “die Gefährlichkeit ... lag im Bereich des Auffassungsvermögens”²⁵. Es hat jedoch auch schon bloss auf die Kenntnis des Verbotes abgestellt²⁶.

Nicht erforderlich ist hingegen, dass das Kind alle Konsequenzen hat überblicken können²⁷. Aus Bösartigkeit folgt noch nicht die Einsicht²⁸.

Einsichtsfähigkeit erwirbt das Kind erst im Laufe seiner Entwicklung mit zunehmender Reife und Lebenserfahrung. Überdies soll es zwar nicht geradezu die Gesetzeswidrigkeit, aber doch das Minderwertige, Unrechte des Verhaltens einsehen können²⁹. Die Möglichkeit, Gut und Böse zu unterscheiden, ist bei Kindern oft eher vorhanden als die Fähigkeit, Risiken eigenen Tuns zu erkennen.

– *Willenskraft, das schädigende (gefährliche) Verhalten zu unterlassen*

Das Kind muss – wie bereits gesagt – neben der Einsicht die Fähigkeit besitzen, gemäss dieser zu handeln, d.h. der Beeinflussung, Ablenkung durch Dritte zu widerstehen³⁰. Bereits 1927 hat das Bundesgericht die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit wie folgt umschrieben: “Auf die Gefahren der Strasse angewendet, heisst das,

23 Nur diese werden hier aufgezeigt und nicht diejenigen der Geschäftsfähigkeit. Zum Unterschied vgl. Bucher, Art. 16 N 5, 68, 108 f.

24 BGE 70 II 140; 90 II 12; 100 II 337; vgl. ferner dazu BGE 102 II 367 (SV); 104 II 186; SJZ 63, 238 Nr. 123 (Erkennen der Gefährlichkeit der Übergabe eines Luftgewehrs an jüngeren Kameraden); ZBJV 88, 486 (SV); BJM 1973, 292/293 und Sem.jud. 97, 100 (Fähigkeit, sich über die Gefährlichkeit eines Feuers Rechenschaft zu geben).

25 BGE 72 II 204 (SV).

26 BGE 71 I 57/58 (SV): 10 Jahre und 8 Monate alter Knabe sammelt nach militärischer Übung Blindgänger und manipuliert daran. Er ist zwar urteilsunfähig mit Bezug auf die damit verbundene Gefahr, aber urteilsfähig mit Bezug auf das Verbotene seines Tuns. Vgl. ferner BGE 66 II 200/201 (SV); 72 II 204/205 (SV); anders SJZ 65, 241/242 Nr. 128.

27 Nach BGE 90 II 12 ist es nicht erforderlich, dass der Knabe alle Folgen seiner Handlungen zu erkennen vermöge; es genüge im vorliegenden Fall, dass er sich bewusst sein konnte, dass er mit seinem Tun die Stabilität des Mastes beeinträchtigt und damit eine Gefahr herbeiführe. Vgl. auch BJM 1973, 292 unten.

28 BGE 43 II 209.

29 Egger, Art. 16 N 7; Bucher, Art. 16 N 115.

30 Vgl. vorne S. 26 FN 19.

dass die Fähigkeit, sich vernünftig zu verhalten, nicht nur voraussetzt, dass die betreffende Person diese Gefahren und namentlich diejenigen, welche mit dem Überschreiten einer von Autos befahrenen Strasse verbunden sind, erkenne, sondern auch in der Lage sei, im gegebenen Augenblick ihr Verhalten danach einzurichten, was der Gewöhnung bedarf, die nur nach und nach erworben werden kann³¹.

Bei Kindern kann diese Voraussetzung fehlen, denn sie sind äusseren Einflüssen weit mehr ausgesetzt als Erwachsene. Das Bundesgericht hat dies so angenommen in einem Falle von besonderer Eile³².

Bucher³³ kritisiert mit Recht das Bundesgericht³⁴, das einem 7 Jahre und 8 Monate alten Knaben zugetraut hat, dass er aufgrund ergangener Verbote auf das Schlitteln auf einer Strasse, die auch anderen Leuten zu dieser Freizeitbeschäftigung diene, verzichte und "die in ihm vorhandenen Gegenmotive" nicht in den Wind schlage.

Ohne messbare Limiten lässt sich kein Schema in bezug auf die Urteilsfähigkeit von Kindern aufstellen. Präjudizien sind mit Vorsicht zu berücksichtigen. Gleiches Alter begründet nicht für sich allein gleichermassen Annahme oder Ablehnung der Urteilsfähigkeit³⁵.

Im folgenden sind anhand der Gerichtspraxis *Richtlinien* aufzuzeigen, wobei aber die Verhältnisse des konkreten Einzelfalles bei der Wertung stets überwiegen. Den Urteilen ist meist nur ein Teil der für die Entscheidung wesentlichen Umstände zu entnehmen.

Kleinkindern fehlt im allgemeinen die Urteilsfähigkeit ganz. Bald schon einmal gibt es einzelne Gebiete, in denen sogar kleine Kinder gewisse Erfahrungen gesammelt haben. Als Faustregel kann gelten, dass Urteilsfähigkeit frühestens von etwa 6–7 Jahren an gegeben sein kann und ab 10 Jahren in der Regel gegeben ist^{36,37}.

Was das Strassenverkehrsrecht anbelangt, so gibt Verkehrsunterricht und Verkehrsgewöhnung bereits einen gewissen Hinweis auf die Urteilsfähigkeit³⁸. Bei einem knapp 6jährigen Knaben hat das Bundesgericht allerdings Verkehrsunterricht

31 Zitat aus einem U des BGer nach Bussy N 8; vgl. auch BGE 54 II 140.

32 In BGE 58 II 216/217 (SV) erkennt das BGer bei einem 10jährigen Knaben auf Urteilsunfähigkeit, weil das Zuspätkommen auf dem Schulwege in ihm eine solche Angst weckt, dass er in der Eile alle Vorsicht vergisst und beim Überqueren der Strasse umkommt.

Vgl. auch BGE 102 II 363, 368/369 (SV): Bei einer 13 1/2jährigen Gymnasiastin, die auf den Zug aufspringt, ist, wegen der Angst vor Verspätung in die Schule, die Urteilsfähigkeit herabgesetzt. Vgl. ferner BGE 89 II 60 (SV eines 5 Jahre und 11 Monate alten Kindes im Strassenverkehr).

33 Art. 16 N 117.

34 in BGE 72 II 204/205 (SV)

35 Vgl. auch Bucher, Art. 16 N 68; Lutz 81.

36 Vgl. Kasuistik S. 29 ff.

37 In der Alterskategorie von 6 bis ca. 15 Jahren und gelegentlich darüber hinaus wird grundsätzlich als Mittellösung das Verschulden wegen des jugendlichen Alters milder bewertet. Siehe hinten S. 97.

38 Vgl. BGE 72 II 205 (SV); 71 II 121 (SV); 63 II 61 (SV); 62 II 316 (SV). Zur Urteilsfähigkeit von Kindern im Strassenverkehr vgl. Fischer 71 ff.

nicht als ein genügendes Element erachtet, um Urteilsfähigkeit zu bejahen³⁹. Von Kindern, welche die örtlichen Verhältnisse kennen, wird vermehrte Einsicht in die konkrete Gefährlichkeit der Verkehrssituation erwartet als von solchen, denen die Ortskenntnisse fehlen⁴⁰. Früher wurde auch zwischen Stadtkindern und Landkindern unterschieden. Landkindern könne nicht die gleiche Urteilskraft im Erkennen der Verkehrsgefahren zugemutet werden wie gleichaltrigen Stadtkindern⁴¹. Kindern wird, wie schon gesagt, Eile oder Ablenkung zugute gehalten⁴².

Als allgemeiner Hinweis – aber nicht mehr als das – dürfen auch Mindestaltersgrenzen, wie sie in Polizeivorschriften aufgestellt sind, betrachtet werden. So folgt z.B. aus Art. 19 I SVG, dass Kinder im schulpflichtigen Alter radfahren dürfen. Dahinter steht wohl die Überlegung, dass ein Kind in diesem Alter über eine genügende Urteilsfähigkeit verfüge, um die Verkehrsregeln zu kennen und zu beachten. Im Einzelfall kann dies jedoch nicht zutreffen.

Etwas generell erscheint eine frühere Äusserung, dass sich Landkinder besser Rechenschaft über Sprengmittel geben können als Stadtkinder⁴³.

Was das Hantieren mit Luftgewehren betrifft, so wird die vorgängige Gelegenheit, die Wirkung von Schüssen zu beurteilen, das Miterleben eines früheren Schiessunfalls als zum Erkennen der Gefahr geeignet betrachtet⁴⁴.

Mit Bezug auf das Feuerlegen kann der Umstand, dass die Kinder das Feuer zu löschen versucht haben, auf das Wissen um die Gefahr hindeuten⁴⁵.

Im weiteren sei zum Begriff der Urteilsfähigkeit auf die nachfolgende Kasuistik verwiesen.

3. Kasuistik

		Urteils- fähigkeit	SV = Selbstverschulden DV = Drittverschulden
2 1/2j.	Mädchen erleidet Verbrennungen	nein	BGE 41 II 226 SV
3 1/2j.	Knabe eilt vor Lastwagen über Strasse und wird überfahren	nein	JT 1946 I 468 SV
3- und 4 3/4j.	Geschwister kriechen unter Abschränkung eines Niveauübergangs durch; 3j. wird vom Zug erfasst	nein	BGE 95 II 259 SV

39 BGE 89 II 60 (SV).

40 Vgl. BGE 72 II 205 (SV) und dort zit. BGE.

41 Vgl. Oftinger I 165/166 und dort zit. Entscheide; Schwander 11/12.

42 Vgl. vorne S. 27/28.

43 PKG 1946, 20.

44 ZR 74 Nr. 25 S. 49 (zum Verschulden); SJZ 63, 238 Nr. 123.

45 Vgl. BJM 1973, 292/293; Sem.jud. 97, 100.

Urteils-
fähigkeit

3 1/2j.	Knabe fährt mit Dreirad plötzlich auf Strasse und veranlasst Automobilistin zum Ausweichen	nein	Sem.jud. 85, 387
4j.	Kind stürzt vom Trittbrett eines Tramwagens	nein	BGE 34 II 580 SV
4 1/2j.	gerät mit der Hand in die Seilwinde einer Seilbahn	nein	BGE 60 II 224 SV
4 1/2- und 7 3/4j.	Knaben spielen mit Trotti- netts auf Strasse und werden überfahren	nein	BGE 58 II 37 SV
5- und 6 3/4j.	Knaben spielen mit Kinder- gewehrchen und verletzen Kameraden	nein	BGE 43 II 208 f.
6j.,	von der Schule kommendes Kind läuft über Fussgänger- streifen und wird von Last- wagen erfasst (Verkehrs- unterricht)	nein	BGE 89 II 60/61 SV
6j.	Knabe verletzt mit Pfeil- bogen Mädchen am Auge	nein	ZR 56 Nr. 93 S. 153
6j.	Knabe fährt mit Dreirad in betagte Person	ja	Sem.jud. 49, 604
6 1/2j.	Knabe verursacht einen Brand	nein	SJZ 65, 241/242 Nr. 128
6 1/2j.	Mädchen springt hinter still- stehendem Lastwagen auf Strasse gegen die Tür eines Jeeps und wird verletzt	nein	Rapp. Val. 1958 Nr. 6 S. 38 SV
7j.	Knabe fällt auf Heuwender, der am Strassenrand abgestellt ist, und verletzt sich am Kopf	nein	Sem.jud. 58, 119 SV
7j.	Landkind fährt mit Trottinett in Lastwagen (kein Verkehrs- unterricht)	nein	ZBJV 88, 485/486 SV
7j.	verletzt Kameraden am Auge durch Abschiessen eines Pfeiles	nein	HE 4, 40 f.
7 3/4j.	Knabe schlittelt auf verbote- ner Strasse und stösst mit Zug zusammen	ja	BGE 72 II 204/205 SV
8j.	Knabe erklettert Gittermast und kommt mit Starkstrom- leitung in Berührung	nein	BGE 35 II 186/187 SV
Drei 9j.	Knaben entfachen mit Zünd- hölzern in Scheune Brand	ja	BGE 100 II 337
9j.	Knabe verursacht Brand in Werkhof	ja	BJM 1973, 292/293

		Urteils- fähigkeit	
9j.	Knabe rennt auf Strasse in Auto	nein	BGE 54 II 140 SV
Drei 9j.	Knaben spielen mit Pfeil und Bogen	ja	BGE 104 II 186
9 1/2j.	Stadtknabe, der von einem Kameraden verfolgt wird, rennt blindlings hinter Hausecke hervor in Fahrbahn eines Motorfahrzeugs (Verkehrsunterricht)	ja	BGE 63 II 61 SV
10j.	Knabe verletzt beim Holzhacken 3j. Mädchen, von dem er belästigt wird	ja	BGE 70 II 140
10j.	springt in Fahrbahn eines Motorfahrzeugs	ja	SJZ 37, 137 Nr. 80 SV
10j.	Radfahrer kollidiert mit vortrittsbelastetem Autocar	ja	JT 1973 I 450 f. Nr. 55 SV
10 1/2j.	Sohn eines Stadtpolizisten, welcher mit 10 Min. Verspätung in die Schule eilt, rennt hinter stillstehendem Tram auf Strasse in fahrendes Auto	nein	BGE 58 II 216/217 SV
10 1/2j.	Bauernsohn verursacht Brand in Scheune	ja	Sem.jud. 97, 100
10 1/2j.	Knabe verletzt beim Chriegerlspiel mit Luftgewehr Kameraden am Auge	ja	ZR 74 Nr. 25 S. 49 = SJZ 71, 351 Nr. 149
10 J. und 8 Monate	alter Knabe findet Blindgänger und bringt ihn zur Explosion	ja	BGE 71 I 57/58 SV
11j.	Knabe verletzt beim Cowboy-Spiel mit Pfeil und Bogen Kameraden	ja	U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann
11–15j.	Knaben schaffen beim Drachenspiel gefährlichen Zustand	ja	BJM 1969, 26/27
11 1/2j.	Knabe wird durch Heuaufzug verletzt	nein	BGE 60 II 43/44 SV
11 3/4j.	Knabe nimmt Sprengmaterial aus Depot einer Firma	ja	PKG 1946, 19/20 SV
12j.	Landknabe tritt hinter Emdfuder hervor in Fahrbahn eines Motorrades	ja	BGE 62 II 316 SV
12j.	Radfahrer auf zu grossem Rad, der links fährt, macht unvermittelt Schwenker und kollidiert mit Motorradfahrer, der ihn von rechts überholt	ja	BGE 67 II 52

		Urteils- fähigkeit	
12j.	Sekundarschüler löst die Schraubenmutter eines Elektrizitätsmastes; infolge eines Föhnsturms stürzt dieser um	ja	BGE 90 II 11 ff.
12j.	Knabe schleudert im Streit Skistock mit der Spitze gegen Kameraden und verletzt dessen Auge	ja	U des BGer laut NZZ vom 15. Januar 1952
13j.	Knabe fährt auf zu grossem Rad mit Paket in der Hand in eine Fussgängerin hinein	ja	BGE 49 II 440
13j.	Sekundarschüler fährt mit Velo auf Niveauübergang in Zug (Verkehrsunterricht)	ja	BGE 71 II 121 SV
13j.	überquert Eisenbahnlinie an nicht zugelassenem Ort und wird getötet infolge Berührung mit Kontaktschiene	ja	BGE 66 II 200/201 SV
13j.	hantiert an Fasnacht mit Pistole	ja	HE 4, 106
13j.	Knabe, Besucher einer Hundeausstellung, verzehrt ein Brötchen direkt vor einer Boxe und wird von Hund gebissen	ja	ZBJV 83, 463 SV
13 1/2j.	Gymnasiastin springt auf Zug auf und wird verletzt	ja	BGE 102 II 363, 367/368 SV
13–14j.	Knaben rauchen in feuergefährlichem Raum, wodurch ein Brand entsteht	ja	SJZ 7, 87 Nr. 85
14j.	schwachsinniges Mädchen erleidet einen Zugsunfall	nein	BGE 60 II 147 SV
14 J. und 8 Monate	alter Knabe verletzt beim "Chriegerlispiel" Kameraden am Auge	ja	U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze 18 ff.
15j.	Knabe hält Zündholz in leeres Benzinfass, wodurch Explosion entsteht und dritter Knabe verletzt wird	ja	BGE 66 II 118 DV
15j.	Knabe berührt den Draht der elektrischen Fahrleitung mit Erdungsstange	ja	BGE 75 II 73/74 SV
15j.	Skifahrer verletzt an der Piste stehenden Mann	ja	BGE 82 II 29 ff.
15j.	übergibt Luftgewehr an 12 1/2jährigen, der in der Folge fahrlässig damit umgeht	ja	SJZ 63, 238 Nr. 123

		Urteils- fähigkeit	
17 1/2j.,	in medizinischer Anstalt untergebrachter jugendlicher verursacht einen Verkehrsunfall	ja	Sem.jud. 83, 139/140
18j.	verletzt mit Vetterligewehr eine 16jährige, nachdem er am Fasnachtsumzug teilgenommen hat	ja	BGE 48 II 425

4. Beweisfragen

Die Urteilsfähigkeit wird in der Regel vermutet⁴⁶. Wer ihr Fehlen behauptet, hat es zu beweisen. Je jünger ein Minderjähriger ist, desto schwächer wird jedoch diese Vermutung, bis sie schliesslich ganz dahinfällt. Bei Kleinkindern gilt deshalb Umkehr der Beweislast; denn auch bei ihnen an der Vermutung festzuhalten, würde der allgemeinen Lebenserfahrung zuwiderlaufen, auf der gerade die Vermutung der Urteilsfähigkeit beruht⁴⁷.

Der Beweis für die Urteilsunfähigkeit kann, insbesondere wenn sich die Situation seit der Schädigung geändert hat, durch Indizien erbracht werden. Hohe Wahrscheinlichkeit genügt⁴⁸.

C. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

1. Vorbemerkung

Das Verschulden als rechtliche Tadelnswürdigkeit eines Verhaltens⁴⁹ stuft sich nach dem Gesetz in die Formen des Vorsatzes⁵⁰ und der Fahrlässigkeit ab. Das Verschulden weist — wie schon auf S. 24/25 gesagt — eine objektive und eine subjektive Seite auf. Im folgenden ist die objektive Seite, nämlich das Abweichen vom unter den gegebenen Umständen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten, zu behandeln. Als Voraussetzung der Haftpflicht spielt dessen Intensität keine Rolle⁵¹;

46 Vgl. dazu und zum Folgenden Egger, Art. 16 N 16; Bucher, Art. 16 N 125 ff.; Tuor/Schnyder 68; Grossen 320; Sauser-Hall, SJK 573 Ziff. 4; Bussy N 12; Schwander 10; Peter 73 ff.; BGE 91 II 338; 90 II 12 und dort zit. BGE; SJZ 65, 242 Nr. 128; U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 19/20; Sem.jud. 97, 100.

47 Bucher, Art. 16 N 132.

48 Betreffend psychiatrisches Gutachten als Beweismittel vgl. insbes. Bucher, Art. 16 N 148 ff.

49 Keller 74; vgl. auch Oftinger I 141; v. Tuhr/Peter 427; Aepli 31 ff.

50 Art. 41 I OR verwendet den Ausdruck "Absicht".

51 Hingegen bei der Bemessung der Ersatzpflicht. Siehe hinten S. 95 ff.

selbst geringes Verschulden zieht Haftpflicht nach sich (Art. 41 I OR). Das Verschulden ist gemäss Art. 8 ZGB vom Ansprecher zu beweisen.

2. Vorsatz

Vorsatz ist die missbilligende Qualifikation des auf die Herbeiführung des Schadens gerichteten Willens⁵². Der Täter stellt sich den rechtswidrigen Erfolg vor und will ihn. In der Verwerflichkeit des nach dem Bösen strebenden Wollens liegt die Abweichung vom Normaltypus. Eventualvorsatz genügt. Vorsätzliche Schadenszufügungen durch Kinder spielen in der Gerichtspraxis keine Rolle⁵³.

3. Fahrlässigkeit

a) Begriff

Der zivilrechtliche Begriff des Verschuldens ist unabhängig vom strafrechtlichen Begriff der Schuld. Liegt gleichzeitig ein strafbarer Tatbestand vor, so kann der Zivilrichter anders als der Strafrichter entscheiden (Art. 53 OR). Das Zivilrecht beurteilt strenger, d.h. es wird eher ein Verschulden angenommen als im Strafrecht. Trotz Freisprechung durch den Strafrichter kann der Zivilrichter ein Schadenersatzbegehren gutheissen⁵⁴.

Fahrlässigkeit ist die missbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt⁵⁵. Sie kann in einem Handeln oder einem Unterlassen bestehen.

Es fragt sich, ob bei der Bewertung der zwecks Vermeidung des Schadens aufgewendeten Sorgfalt ein mehr *objektiver* oder *subjektiver* Massstab anzuwenden sei. Objektiv ist ein Massstab, der die konkreten Umstände ausserhalb der Persönlichkeit des Schädigers berücksichtigt, den Einfluss der persönlichen Eigenschaften jedoch ausser Betracht lässt. Ein subjektiver Massstab passt sich demgegenüber der Individualität des Schadensverursachers an⁵⁶.

52 Vgl. Oftinger I 142; zum Vorsatz vgl. auch Keller 76/77; Deschenaux/Tercier 81; v. Tuhr/Peter 427 ff.; Aebi 96 ff., 45/46.

53 In ZR 74 Nr. 25 S. 49/50, wo bei einem Erwachsenen, strafrechtlich gesprochen, Eventualvorsatz angenommen werden kann, wird auf Fahrlässigkeit erkannt.

Vgl. auch U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 18.

54 Vgl. Oftinger I 156/157 und Zitate; Keller 82 ff.; Aebi 68 ff.; SJZ 71, 351 Nr. 149 = ZR 74 Nr. 25 S. 49.

55 Vgl. Oftinger I 142 mit Zitaten; SJZ 63, 237 Nr. 123.

56 Vgl. Aebi 57; zum vorliegenden Problem auch Colloquium (zit. im Literaturverzeichnis unter Yung) 152 ff., insbes. Stoll 170.

Nach heute *herrschender Meinung* gilt der *objektivierte* Fahrlässigkeitsbegriff⁵⁷. Demnach ist die Sorgfalt nach objektiven Kriterien zu messen. Es wird ein *Durchschnittsmassstab* von Kenntnissen, Fähigkeiten und charakterlichen Eigenschaften angelegt. Ein Verschulden trifft denjenigen, der sich nicht so verhält, wie man es berechtigterweise von einer Person seiner Art erwarten darf. Die objektive Pflichtwidrigkeit ist somit entscheidendes Kriterium; der Gesichtspunkt der persönlichen Vorwerfbarkeit tritt zurück. Die subjektive Entschuldbarkeit eines Verhaltens hat kein Gewicht⁵⁸.

Begründet wird dies mit der Praktikabilität des Rechts; denn mit unendlichen Mannigfaltigkeiten von Individualitäten liesse sich nicht messen; es würde Rechtsunsicherheit herrschen. Eine gänzlich subjektive Beurteilung ist ohnehin nicht möglich, denn jede solche neigt wieder zu objektiven Kriterien, was gleichsam ein immanenter Zwang der Rechtspraxis ist⁵⁹. Dabei ist zuzugeben, dass die ethische Missbilligung, die das Verschulden charakterisiert, in den Hintergrund tritt; darauf weisen die Gegner des objektivierten Verschuldensbegriffs insbesondere hin⁶⁰.

Auch beim objektivierten Verschuldensbegriff richtet sich – wie bereits erwähnt – das Mass der Sorgfalt nach den *konkreten Umständen*⁶¹. Zu berücksichtigen ist so z.B. die Art der Betätigung: Je gefährlicher die Tätigkeit ist, um so höher ist die Sorgfaltspflicht⁶². Der Richter wird auch innerhalb des objektiven Rahmens der der Aussenwelt erkennbaren Verschiedenheit der einzelnen Menschen Rechnung tragen⁶³, denn der Durchschnittsmensch ist eine variable Grösse⁶⁴. So muss der erkennbare Blinde oder Invalide für das vorsichtige Benehmen eines solchen und nicht eines Normalmenschen eintreten. An Menschen unterschiedlicher Berufskategorien oder *Altersklassen* sind verschieden strenge Anforderungen zu stellen⁶⁵. Es gilt so z.B. der Massstab des 12jährigen Velofahrers und nicht des Erwachsenen, doch ist er grundsätzlich an alle 12jährigen Velofahrer unter denselben Umständen gleichermassen anzulegen. Fahrlässigkeit ist demnach nur gegeben, wenn ein normaler Gleichaltriger unter den gegebenen Umständen die gebotene Sorgfalt hätte aufwenden können.

Eine weitere Relativierung liegt bei Kindern darin, dass beispielsweise die Judikatur bei Verkehrsunfällen – wie bereits bei der Urteilsfähigkeit erwähnt – Ver-

57 Vgl. Oftinger I 143 und Zitate; Deschenaux/Tercier 82.

58 BGE 69 II 332/333 (SV); SJZ 63, 237 Nr. 123.

59 Oftinger, Colloquium (zit. im Literaturverzeichnis unter Yung) 184/186; Tunc ebenda 202/204; Subjektive Auffassung zerstört sich selbst.

60 Yung 127, 195; Widmer, ZBJV 110, 296 ff., insbes. 300; ZBJV 106, 320/321; Tercier, ZSR 95 I 9; vgl. auch Homberger 18a ff.

61 Vgl. dazu Oftinger I 146 ff.; Becker, Art. 41 N 93 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 41 N 65; v. Tuhr/Peter 429; Keller 77; Deschenaux/Tercier 82; Pache 70 ff. und dort zit. Entscheide.

62 Vgl. auch Stark 108/109, 818.

63 Guhl/Merz/Kummer 183; Merz, Colloquium (zit. im Literaturverzeichnis unter Yung) 172/174.

64 Aebi 99.

65 Vgl. Entscheide S. 96 f.

kehrsunterricht und Kenntnis der örtlichen Verhältnisse bei der Sorgfaltsbewertung mitberücksichtigt⁶⁶.

Aufgrund der Objektivierung genügt es, dass der Schaden an sich unter den gegebenen Umständen für ein Kind der betreffenden Altersklasse *voraussehbar* ist; es muss ihn nicht selber vorausgesehen haben⁶⁷. Ebenso wenig muss der Schaden im vollen Umfang der eingetretenen Art *voraussehbar* sein.

Bei einem 15jährigen Skifahrer, der zu schnell auf einen an der Piste stehenden Mann zurast und ihn verletzt, liegen "die eingetretenen Folgen ... nicht ausserhalb allgemeiner Lebenserfahrung und ausserhalb dessen, was auch ein fünfzehnjähriger Gymnasiast voraussehen kann"⁶⁸.

Im weiteren genügt es nicht, die *verkehrs- oder ortsübliche* Sorgfalt beobachtet zu haben, wenn sie nicht den Umständen entspricht. Ein Brauch kann ein Missbrauch, eine Übung nicht mehr zeitgemäss sein. Es wird stets alle erforderliche Sorgfalt verlangt⁶⁹.

Dasselbe gilt bezüglich der Einhaltung von *Polizei- oder anderen Vorschriften*⁷⁰. Das Strassenverkehrsrecht weist zahlreiche solche Vorschriften auf. Hat das Kind diese eingehalten, so handelt es zwar in der Regel nicht fahrlässig, doch können die Umstände ein Mehr an Sorgfalt verlangen. Umgekehrt darf, Ausnahmen vorbehalten⁷¹, aus derartigen Vorschriftsverletzungen fast immer auf Fahrlässigkeit geschlossen werden; die Entscheide betreffen zum Teil jugendliche Velofahrer, welche die linke Strassenseite benützen oder andere Übertretungen begehen⁷².

Es ist in diesem Zusammenhang auch auf die Verletzung von FIS-Regeln beim Skilauf hinzuweisen⁷³.

Wer einen *gefährlichen Zustand* schafft, ist laut konstanter Rechtsprechung verpflichtet, alle Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, um einer Schädigung vorzubeugen⁷⁴. Widmer⁷⁵ sieht darin (wegen der Objektivierung des Verschuldensbegriffs) die Gefahr, dass man unter dem Deckmantel des Verschuldensprinzips, auf dem

66 Vgl. BGE 72 II 205 (SV) und S. 28/29.

67 Vgl. Otfinger I 149 und Zitate.

68 BGE 82 II 31; ferner ZR 74 Nr. 25 S. 50 = SJZ 71, 351 Nr. 149: zur Frage, "ob die Körperverletzung nicht auch für einen 10 1/2jährigen Knaben ... voraussehbar war, wenn allerdings auch nicht in der schweren Form, in der sie eingetreten ist". BGE 70 II 140: "Sans doute n'a-t-il pas prévu le geste de la petite Vermot, mais il aurait dû se rendre compte qu'elle ne le laisserait pas couper le papier qu'il lui avait pris. Il aurait dû prévoir aussi qu'elle pourrait chercher à le lui arracher."

69 Vgl. Otfinger I 148; Keller 80/81 und dort zit. BGE; Oser/Schönenberger, Art. 41 N 66.

70 Vgl. dazu Otfinger I 149/150; Keller 81 f.; Oser/Schönenberger, Art. 41 N 66; Deschenaux/Tercier 82; Schärer 15/16.

71 So bei fehlendem Kausalzusammenhang zwischen der Vorschriftsverletzung und dem Schaden oder wenn die Umstände ein Abweichen von der Vorschrift als zulässig erscheinen lassen.

72 BGE 67 II 53 (dazu ZBJV 78, 530); BGE 49 II 442/443; JT 1943 I 449/450 Nr. 12 (SV); 1942 I 460 Nr. 15; BGE 72 II 200 ff. (SV); 66 II 200/201 (SV). Zu den Sorgfaltspflichten des Fussgängers vgl. Fischer 13 ff.

73 Vgl. Stiffler 26 ff.

74 Statt vieler BGE 95 II 96 und dort zit. BGE; 66 II 117.

75 ZBJV 106, 289 ff. und ZBJV 110, 319 ff.

Wege des Gefahrensatzes, die allgemeine Gefährdungshaftung einführt. Wenn auch die Ansicht Widmers allzu extrem erscheint, ist ihr doch insoweit beizupflichten, als die Haftung gemäss der Rechtsprechung über gefahrbringende Zustände und die Unterlassung der nötigen Schutzmassnahmen gewisse Gefahren in sich birgt. So könnte der Richter Sorgfaltsmassstäbe entwickeln und anwenden, die über die bisherigen Anforderungen hinausgehen, und auf diese Weise eine Schadenersatzpflicht gewissermassen erzwingen, wobei der Begriff der Fahrlässigkeit ins Wanken geriete⁷⁶. Aus dem Eintritt eines Schadens würde zwangsläufig auf ungenügende Vorgehen geschlossen. Diese Gefahren sind jedoch bei der Beurteilung von Kinderverhalten gering, da der Richter bezüglich des Masses der Sorgfalt wegen des jugendlichen Alters ohnehin geringere Anforderungen als bei Erwachsenen zu stellen pflegt⁷⁷.

Knaben schaffen mit einem Drachen, der abstürzt und dessen Schnur in geringer Höhe eine Strasse überquert, einen gefährlichen Zustand. Sie handeln fahrlässig, wenn sie nichts unternehmen, um diesen Zustand sofort zu beseitigen⁷⁸. Dieses Gebot hat ferner ein 15jähriger Skifahrer verletzt, der zu schnell auf einen am Wege Stehenden zurast⁷⁹.

b) Kasuistik

Es ist auf die Kasuistik zum Begriff der Urteilsfähigkeit, S. 29 ff., zu verweisen. Bei gegebener Urteilsfähigkeit ist in allen dort aufgeführten Fällen auf Fahrlässigkeit erkannt worden. Einzelne dieser Entscheidungen äussern sich lediglich zum Verschulden bzw. zur Fahrlässigkeit (z.B. BGE 82 II 29 ff.) und nicht zur Urteilsfähigkeit (deren Vorhandensein unbestritten ist).

Nicht in der Kasuistik zur Urteilsfähigkeit aufgeführt sind:

- | | |
|----------------------|--|
| JT 1942 I 460 Nr. 15 | (in BGE 67 II 231 ff. nicht enthaltene Erwägungen)
16jähriger Radfahrer verletzt andern Radfahrer tödlich. Verschulden wegen zu nahen Aufschliessens und Überholens als gegeben erachtet. |
| Sem.jud. 46, 46 | Velofahrerin mit Kameradin auf Rad verletzt Frau. Verschulden wegen Schussfahrt einen Steilhang hinunter bejaht. |
| Sem.jud. 20, 792/793 | 17jähriger Velofahrer wirft kleines Mädchen um. Verschulden ist wegen nicht angepasster Geschwindigkeit gegeben. |

Zur Verdeutlichung des Gesagten folgen drei etwas ausführlichere Urteilsauszüge.

⁷⁶ Vgl. Oswald, ZSR 86 II 788/789; vgl. auch Tercier, ZSR 95 I 14.

⁷⁷ Vgl. hinten S. 96 ff.

⁷⁸ BJM 1969, 26.

⁷⁹ BGE 82 II 28 ff. In beiden Entscheiden wird der gefährliche Zustand unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit gewürdigt!

BGE 82 II 30 f.

Das Bundesgericht ist der Meinung, dass sich der 15jährige Skifahrer die Abfahrt habe zutrauen können, was ihn nicht von der Pflicht entbinde, "seine Geschwindigkeit den Verhältnissen anzupassen und auf die Anwesenheit des Klägers Rücksicht zu nehmen. Trotz seiner Jugend musste er als Skifahrer von einiger Erfahrung wissen, dass auf der harten Piste beim Befahren einer steilen Strecke die Geschwindigkeit sehr gross werden konnte ... Wenn seine Ausbildung gut sein sollte, wie er es annimmt, musste er um so mehr zu dieser Einsicht kommen. Der Einwand, auch der Fähigste könne stürzen, hilft nicht. Gewiss nimmt auch der gewandte Skifahrer die Gefahr von Stürzen in Kauf. Wenn er dadurch niemanden gefährdet, trifft ihn kein Vorwurf. Wenn er sich aber sagen muss, dass er durch seine Fahrweise jemanden verletzen könnte, muss er alle zumutbare Sorgfalt anwenden, um das zu verhüten. Der Beklagte hätte bedenken können und sollen, dass ein heftiger Zusammenstoss den Kläger erheblich schädigen könnte."

BGE 104 II 188

Drei 9jährige Kinder spielen mit Pfeil und Bogen. "Le défendeur a non seulement participé à un jeu dont il devait reconnaître le caractère dangereux, mais il a en outre manqué aux règles de prudence qui s'imposaient dans ce jeu, en tirant sur son camarade alors que celui-ci se trouvait à 3 m seulement de lui et en ne visant pas la partie inférieure du corps, ce qui lui aurait été facile à une distance aussi réduite."

SJZ 63, 238 Nr. 123

"... der im Zeitpunkt des Unfalles 15jährige Beklagte 2 hat auf alle Fälle durch die Übergabe von Luftgewehr und Munition an den gut zweieinhalb Jahre jüngeren Kameraden seine Sorgfaltspflichten verletzt: Über die Gefährlichkeit der Waffe konnte er nicht im Zweifel sein, nicht nur wegen des väterlichen Verbotes, sondern vor allem deshalb, weil er ... etwa zweieinhalb Jahre früher einen Unfall mit einem Luftgewehr miterlebt hatte ..."

Insbesondere belastet den Beklagten im weiteren, dass er den Kameraden als "Ruech" kenne.

II. Kausalhaftung

A. Übersicht

Es geht nicht darum, sämtliche Kausalhaftungen, nach denen ein Kind möglicherweise haften könnte, in Betracht zu ziehen. Ein Kind untersteht z.B. auch Art. 36 I GSchG, der eine Verursachungshaftung für den Gewässerverschmutzer vorsieht,

ohne dass deswegen diese Vorschrift näher zu erörtern ist, denn praktisch dürfte ein Kind als Gewässerverschmutzer kaum in Frage kommen.

Unbehandelt bleiben auch die Voraussetzungen der Haftpflicht des Tierhalters und Werkeigentümers u.a. In der Praxis tritt regelmässig das Familienhaupt als Tierhalter auf. Beim Subjekt der Werkeigentümerhaftung bzw. Grundeigentümerhaftung stellt man auf das formale Kriterium des Eigentums ab; dieses Erfordernis kann ausnahmsweise einmal in der Person des Kindes gegeben sein.

Kurz eingegangen wird auf die Kausalhaftungen nach Art. 58 ff. SVG und nach Art. 54 I OR.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kausalhaftungen bei Kindern von geringer Bedeutung sind.

B. Art. 54 I OR

Bei den Kausalhaftungen kommt es auf die Urteilsfähigkeit des Haftpflichtsubjekts nicht an. Die Stellung des Urteilsunfähigen ist gleich der des Urteilsfähigen⁸⁰. Untersteht jedoch der Urteilsunfähige der *Verschuldenshaftung*, so kann er wegen fehlender Urteilsfähigkeit nicht ersatzpflichtig werden. Da dies im Einzelfall stossend wirken mag, greift hier Art. 54 I OR ein, wonach der Richter den Schädiger aus Billigkeit zu teilweisem oder vollem Schadenersatz verurteilen kann.

Nach herrschender Meinung gilt als Voraussetzung, dass bei angenommener Urteilsfähigkeit ein *Verschulden* vorliegen müsste⁸¹. Nur wenn dasselbe objektive Verhalten bei einem Urteilsfähigen eine schuldhaftige Handlung dargestellt hätte, soll Art. 54 OR angewendet werden; denn der Urteilsunfähige dürfe nicht strenger haften als der Urteilsfähige. Deshalb müssen alle Voraussetzungen des Verschuldens bis auf die Urteilsfähigkeit gegeben sein.

Den wichtigsten Billigkeitsgrund stellt die *ökonomische Tragfähigkeit* dar; d.h. insbesondere Wohlhabenheit auf der Schädiger- und Bedürftigkeit auf der Geschädigtenenseite sind ausschlaggebend⁸².

Dabei ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass der vom Geschädigten erlittene Schaden ganz oder teilweise durch Zahlungen Dritter (z.B. des Aufsichtspflichtigen oder der Versicherung) gedeckt wird und der Schädiger haftpflicht-versichert ist⁸³.

80 v. Büren 256.

81 Vgl. Becker, Art. 54 N 2; Oser/Schönenberger, Art. 54 N 3, 4; v. Tuhr/Peter 432; Burckhardt 527; Bucher, Art. 17/18 N 83; Keller 105; Deschenaux/Tercier 137; Schwander 15; BGE 74 II 213; 55 II 38; ZBJV 75, 89; a.M. jetzt BGE 102 II 226 ff.; Egger, Art. 18 N 15; Homberger 3a/4a.

82 Statt vieler Oftinger I 155; Bucher, Art. 17/18 N 82; BGE 102 II 231; weitere Entscheide FN 84.

83 BGE 103 II 336 ff.: Das Bundesgericht hat den durch die (Schaden-)Versicherung nicht gedeckten Teil des Schadens (Unterversicherung) dem haftpflichtversicherten Schädiger auferlegt. Vgl. auch Keller 106; SJZ 65, 243 Nr. 128.

Die urteilsunfähigen Minderjährigen sind meistens mittellos. Die Praxis lehnt es nun ab, die Zukunftsaussichten kindlicher Schadensstifter als Haftungsgrundlage zu betrachten. Es würde "das Billigkeitsgefühl verletzen, Kinder ohne Vermögen und Anwartschaft wegen einer ihnen nicht zuzurechnenden Schädigung bereits mit Schulden zu belasten, an denen sie voraussichtlich auf eine ferne Zukunft hinaus zu tragen hätten"⁸⁴. Es wird auch in älteren Entscheiden darauf hingewiesen, dass Art. 54 als Ausnahmebestimmung einschränkend anzuwenden sei⁸⁵.

Die Vermögensverhältnisse fallen jedoch nicht einzig und allein in Betracht. In einem Fall hat das Bundesgericht⁸⁶ anderen Billigkeitsgründen Rechnung getragen, die hier jedoch nicht weiter interessieren. Allenfalls wäre noch die besondere Bosheit oder Arglist des Kindes als Schädiger zu berücksichtigen⁸⁷. Vereinzelt haben Gründe wohl zu einer Ermässigung der Schadenersatzpflicht gegenüber Kindern geführt, wenn ihnen wegen mangelnder Urteilsfähigkeit kein Selbstverschulden angerechnet werden kann⁸⁸. Dritten gegenüber haften jedoch Kinder selten aus Art. 54 I OR⁸⁹.

C. Art. 58 ff. SVG

1. Halter eines Motorfahrzeugs

Zunächst sind die Mindestaltersgrenzen für die Benutzung von Motorfahrzeugen festzuhalten:

- 18 Jahre für den allgemeinen Führerausweis (Art. 18 I lit. d BRB vom 27. August 1969 über administrative Ausführungsbestimmungen zum SVG, in besonderen Fällen weniger für Invalide (Art. 18 II BRB) oder eventuell für Ausländer (Art. 19 I und II BRB),
- 16 Jahre für Motorhandwagen, Motoreinachser, Motorkarren und Arbeitskarren (Art. 18 I lit. b BRB),
- 14 Jahre für Motorfahräder und landwirtschaftliche Motorfahrzeuge (Traktoren u.a.) (Art. 18 I lit. a BRB).

84 BGE 43 II 209; vgl. auch ZR 56 Nr. 93 S. 154; ZBJV 75, 90. In SJZ 65, 244 Nr. 128 wird das Kind mit einem Teil belastet, weil es ökonomisch bessergestellt ist. In HE 4, 40 wird festgehalten, dass Vermögensbesitz nicht absolut erforderlich sei, sondern bloss Anwartschaft genüge.

85 Vgl. ZBJV 75, 90 (= SJZ 35, 376 Nr. 246 und SJZ 36, 142 Nr. 106); ZR 56 Nr. 93 S. 154 f.

86 BGE 71 II 230 ff.; dazu Keller 105.

87 Becker, Art. 54 N 5; SJZ 65, 242/243 Nr. 128.

88 BGE 60 II 44: Unfall eines Kindes beim Heustampfen durch elektrischen Heuaufzug. Das Verschulden des Beklagten sei kein schweres und die Ersatzpflicht treffe ihn noch schwer genug, ganz abgesehen davon, dass der Kläger den zwar ungenügenden Warnungen doch etwas mehr Beachtung hätte schenken sollen. Vgl. auch hinten S. 102/103.

89 Vgl. FN 84.

Kausalhaftung besteht für alle Motorfahrzeuge (Art. 7 I SVG), mit Ausnahme von Motorhandwagen, einachsigen Arbeitsmaschinen ... und Motorfahrrädern (Art. 37 VVV)⁹⁰. Für Schädigungen durch sein Motorfahrrad haftet der Jugendliche nach OR. Von den Motorfahrrädern (Art. 5 II BAV) sind die Kleinmotorräder (Art. 2 II Satz 2 BAV), die nur von mindestens 18jährigen Personen geführt werden dürfen und der Kausalhaftung unterstehen, zu unterscheiden.

Das Kind haftet nur dann kausal, wenn es die Haltereigenschaften aufweist. Als Lenker, ohne Halter zu sein, haftet es nach Art. 41 OR.

Ein Minderjähriger kann die hinten S. 85 f. näher erläuterten Haltereigenschaften erfüllen⁹¹, wobei die oben erwähnten Mindestaltersgrenzen für den Halterbegriff nicht massgebend sind; es mag Fälle geben, in denen das Kind Halter ist, auch wenn es das Mindestalter für die Führung des Motorfahrzeugs nicht erreicht hat⁹². Von praktischer Bedeutung sind indessen diese Fälle nicht. Da ein Kind selten Halter ist, wird hier auf dessen Halterhaftpflicht nicht eingetreten⁹³.

2. Strolchenfahrer (Art. 75 I SVG)

Ein Strolchenfahrer haftet gemäss Art. 75 I SVG wie ein Halter für den Schaden durch den Betrieb des Motorfahrzeugs und auch für Nichtbetriebsunfälle gemäss Art. 58 II SVG.

Der Führer, der mit dem Strolchenfahrer nicht identisch ist, haftet solidarisch, wenn er bei Beginn der Fahrt wusste oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen konnte, dass das Fahrzeug zum Gebrauch entwendet wurde (Art. 75 I Satz 2 SVG).

Es muss eine Entwendung zum Gebrauch vorliegen. Dies bedeutet Wegnahme eines fremden Fahrzeugs (unter Gewahrsamsbruch)⁹⁴. Zum Gebrauch heisst, dass sich der Strolch des Fahrzeugs zu blossem Gebrauch bemächtigt und nicht, um es sich anzueignen. Nicht entwendet ist das Fahrzeug, wenn es von einer Person, der es zur Verfügung steht und die damit zum Fahrzeug Zugang hat, eigenmächtig verwendet wird. Familienangehörige oder Angestellte erfüllen selten Strolchenfahreneigenschaften; zumeist handelt es sich um Personen, für die der Halter im Sinne von Art. 58 IV SVG verantwortlich ist⁹⁵. Erst wenn sich diese Personen durch qualifizierte Vorkehrungen des Wagens bemächtigen, etwa der Jugendliche durch Auf-

90 Siehe hinten S. 89.

91 Vgl. Bussy, SJK 907 N 17.

92 Wenn es z.B. ein Motorfahrzeug oder ein Geschäft mit solchen erbt, deren Betrieb und Unterhalt aus seinem Vermögen bestritten werden und in seinem Interesse erfolgen.

93 Im übrigen müssen alle weiteren Voraussetzungen der Halterhaftpflicht erfüllt sein. Vgl. hinten S. 88 ff.

94 Vgl. dazu u.a. Oftinger II/2 572 ff.; Keller 241/242; Deschenaux/Tercier 149/150; Bussy, SJK 917 N 8 f.

95 Vgl. hinten S. 87 f.

brechen der Garage, Diebstahl des Schlüssels u. dgl., kann Art. 75 I SVG gegeben sein.

Der Klarstellung dienen folgende Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts⁹⁶:

- Ein Sohn, dem der Vater den Wagen für die Fahrt zur Schule überlässt, unternimmt einen unbewilligten Abstecher und verursacht dabei einen Unfall. Eine Strolchenfahrt ist nicht gegeben, denn der Sohn hat den Wagen nicht entwendet; er war ihm vielmehr anvertraut, als er den Abstecher machte. Dagegen liegt eine Strolchenfahrt vor, wenn der Sohn den Wagen während der Schulferien entwendet, um damit eine Reise zu unternehmen.
- Der Inhaber einer Autoreparaturwerkstatt stellt seinem nicht führungsberechtigten Sohn und technischen Leiter des Geschäfts ein Fahrzeug zur Verfügung, und zwar ausschliesslich zum Gebrauch auf dem Werkstattareal und keineswegs zu Fahrten ausserhalb. Verursacht nun der Sohn mit dem Wagen einen Unfall auf öffentlicher Strasse, so überschreitet er zwar die ihm erteilte Ermächtigung, begeht aber keine Strolchenfahrt.
- Ein Vater lässt seinen 17jährigen Sohn den Wagen aus der Garage auf den Vorplatz führen und von diesem in die Garage zurückstellen, um als Invaliden besser ein- und aussteigen zu können. Ereignet sich bei diesen Vorgängen ein Unfall oder missbraucht der Sohn die ihm übertragene Hilfsfunktion zu einer weiteren Fahrt, so ist das Fahrzeug nicht entwendet. Entnimmt er jedoch an einem Sonntagmorgen der Rocktasche seines noch schlafenden Vaters Garage- und Fahrzeugschlüssel, verschafft sich also ohne “dessen Wissen und Willen die Schlüssel ..., um eine eigene Fahrt zu unternehmen”, so handelt es sich um eine Strolchenfahrt. “Er brach den väterlichen Gewahrsam am Fahrzeug, entwendete dieses zum Gebrauch.”

Eine Strolchenfahrt liegt auch nicht vor, wenn derjenige, dem der Halter das Fahrzeug überlassen hat, dieses ohne Einwilligung des Halters einem Dritten übergibt: z.B. wenn der 17jährige, dem sein Vater gestattet, das Auto aus der Garage zu holen und wieder dahin zurückzubringen, einen ihm zuschauenden älteren Kollegen (der bereits den Führerausweis besitzt) bittet, mit ihm herumzufahren und dieser dabei einen Unfall verursacht.

Bei Garageangestellten, etwa einem Lehrling, ist das Verhältnis zum Garagisten und nicht dasjenige zum Halter, der ihm das Fahrzeug übergeben hat⁹⁷, massgebend; denn der Unternehmer im Motorfahrzeuggewerbe (der das Fahrzeug einem jugendlichen Angestellten übergibt) haftet wie ein Halter (Art. 71 I SVG)⁹⁸. Ob eine Strolchenfahrt gegeben sei oder nicht, beurteilt sich somit aufgrund des Verhältnisses Arbeitgeber/Arbeitnehmer, wobei eine Entwendung zum Gebrauch zurückhaltend anzunehmen ist⁹⁹.

96 Vgl. BGE 97 II 252 f.

97 wie nach MFG: BGE 77 II 182/183

98 Vgl. hinten S. 86.

99 Vgl. Otfinger II/2 577; Bussy, SJK 908 N 10.

Der Halter haftet solidarisch, und seine Halterversicherung hat den Schaden zu decken. Da der Exkulpationsbeweis des Halters seit der Revision des SVG von 1975 grundsätzlich entfällt¹⁰⁰, spielt die Haftung des Strolchenfahrers vorwiegend beim Regress eine Rolle.

100 Vgl. hinten S. 93 FN 274.

3. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER HAFTBARMACHUNG EINER ANDERN PERSON FÜR SCHÄDEN, VERURSACHT DURCH KINDER

§ 1 ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN

Für die allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht – Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit – sei auf die Ausführungen vorne S. 15 ff. (wo die Begriffe erläutert sind) hingewiesen. Im einzelnen wird, soweit notwendig, bei den besonderen Haftungsvoraussetzungen noch darauf Bezug genommen.

§ 2 BESONDERE VORAUSSETZUNGEN

I. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)

Eine Haftpflicht nach Art. 41 OR setzt zunächst voraus, dass eine Aufsichtspflicht (rechtlicher oder tatsächlicher Art) über das Kind besteht. Aufsichtspflichtig ist in erster Linie das Familienhaupt. Da die Familienhauptaftung als Kausalhaftung der Verschuldenshaftung vorgeht, ist die Verschuldenshaftung von untergeordneter Bedeutung. Treffen hingegen die Voraussetzungen des Familienhaupts nicht zu, so ist eine Haftpflicht nach Art. 41 OR in Betracht zu ziehen, z.B. mangels Hausgemeinschaft bei einem Vater, der seinem Sohn ein Gewehr schenkt¹. Neben dem Familienhaupt können dessen Hilfspersonen, wie z.B. die Mutter, ein Kindermädchen, das vertraglich zur Aufsicht verpflichtet ist, oder ein Lehrer eines privaten Internates, solidarisch nach Art. 41 OR zur Verantwortung gezogen werden².

Eine Aufsichtspflicht trifft z.B. auch Begleitpersonen von Kindern auf Strassen.

Die Verletzung der Aufsichtspflicht muss als Verschulden zu qualifizieren sein³.

Nicht aus einer Aufsichtspflicht, sondern nach dem ungeschriebenen Rechtssatz über die Schaffung eines gefährlichen Zustands⁴ haften z.B.:

1 BGE 41 II 92 ff.: Hier werden allerdings ein Verschulden und überdies der adäquate Kausalzusammenhang verneint!

2 Hinten S. 48, 60, 143.

3 Es sind die Sorgfaltsregeln bei der Familienhauptaftung, S. 51 ff., analog heranzuziehen. Vgl. auch FN 1. Näheres zum Verschulden vorne S. 34 ff.

4 Vgl. vorne S. 36/37.

- Garagisten, die leere, offene Benzinfässer auf einem öffentlichen Platz lagern, wenn ein Knabe eine Explosion verursacht⁵,
- der Eigentümer einer Wirtschaft, der es duldet, dass in der Küche ein geladenes Jagdgewehr aufgehängt wird, wenn ein Kind einen Schuss auslöst⁶.

Ein Händler macht sich bei einem Gewehrverkauf an ein Kind verantwortlich, wenn er sich nicht vergewissert, dass das Kind die für den disziplinierten Gebrauch erforderliche Reife besitzt⁷.

II. Kausalhaftung

A. Übersicht

Behandelt werden die Voraussetzungen folgender Haftungen: des Familienhaupts nach Art. 333 ZGB, des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR, des Tierhalters nach Art. 56 OR (der für das Kind als seine Hilfsperson haftet) und des Motorfahrzeughalters nach Art. 58 (ff.) SVG (der für das Kind im Rahmen des SVG verantwortlich ist).

Nicht behandelt wird die Haftpflicht des Werkeigentümers nach Art. 58 OR und des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, obwohl es denkbar ist, dass das Kind durch sein Verhalten die Haftpflicht des einen oder andern begründet (es leert z.B. eine glitschige Flüssigkeit auf einer Treppe aus, wodurch der Werkeigentümer haftbar wird, oder infolge Lärms durch Kinder kommt die Grundeigentümerhaftung zum Zuge).

Ferner fallen aus dem Rahmen dieser Arbeit ausser der Motorfahrzeughalter-Haftpflicht alle Gefährdungshaftungen.

B. Familienhaupt (Art. 333 I ZGB)

1. Anwendbarkeit der Bestimmung

Die Familienhaupthaftung als gewöhnliche Kausalhaftung tritt in den Hintergrund gegenüber den spezialgesetzlich geregelten Gefährdungshaftungen, weil diese *leges speciales* im Verhältnis zu Art. 333 ZGB darstellen. Erfüllt z.B. das Familienhaupt zugleich die Haftungsvoraussetzungen des Motorfahrzeughalters (Art. 58 SVG), so

⁵ BGE 66 II 114 ff.

⁶ SJZ 59, 343 Nr. 160.

⁷ ZR 66 Nr. 107 S. 212 = SJZ 63, 239 Nr. 123.

ist die SVG-Bestimmung ausschliesslich anwendbar⁸, z.B. wenn ein Hausgenosse ein Motorfahrzeug (auch als Strolchenfahrer⁹) führt. Entfällt jedoch die Halterhaftpflicht aus irgendeinem Grund, so ist eine Familienhauptaftung denkbar, ebenso wenn der Motorfahrzeughalter und das Familienhaupt nicht identisch sind.

Ist das Familienhaupt zugleich Geschäftsherr (der Hausgenosse zugleich Hilfsperson), dann sind Art. 55 OR und Art. 333 ZGB konkurrierend anwendbar. Es gilt Alternativität, weil die beiden Vorschriften einander gleichgeordnet sind¹⁰. Bei Schädigungen infolge geschäftlicher Verrichtung ist jedoch Art. 55 OR vorzugsweise anzuwenden¹¹, was auch dann zutreffend ist, wenn der Geschäftsherr eine vom Familienhaupt verschiedene Person ist¹².

Ist das Familienhaupt zugleich Tierhalter (der Hausgenosse hat zusammen mit dem Tier den Schaden verursacht), so ist die Anwendung von Art. 333 ZGB neben Art. 56 OR nicht ausgeschlossen; die beiden Vorschriften sind konkurrierend anwendbar¹³.

2. Subordinationsverhältnis zwischen Hausgenossen und Familienhaupt

Als Begriffe des Familienrechts bedingen sich Familienhaupt und Hausgenosse gegenseitig.

Die Beziehung zwischen Familienhaupt und Hausgenosse setzt zunächst einen *gemeinsamen Haushalt* (Art. 331 I ZGB) voraus¹⁴. Dieser besteht in der Regel in gemeinsamer Wohnung und Verpflegung¹⁵. Bei einer externen Privatschule fehlt z.B. diese Voraussetzung zwischen dem Leiter und Schüler¹⁶, während sie bei einem Internat gegeben ist¹⁷.

Nun können Personen in einem gemeinsamen Haushalt ohne Familienhaupt leben, wenn sie zueinander in einem Koordinationsverhältnis stehen¹⁸. Uns interessieren jedoch nur die Fälle, in denen eine *Hausgewalt*¹⁹ besteht. Träger der Hausgewalt ist das Familienhaupt. Kennzeichnend für die Beziehung zwischen dem

8 Vgl. Oftinger II/1 246, II/2 476.

9 BGE 97 II 250/251.

10 Oftinger I 481, II/1 102/103, 245 und Zitate; Brehm 3 und 9 mit Zitaten.

11 Deschenaux/Tercier 107; Schwander 18.

12 Oftinger II/1 245 und Zitate.

13 Oftinger II/1 186; BGE 35 II 284: Ein Kind hetzt einen Hund, dessen Halter sein Familienhaupt ist, auf andere Kinder. A.M. BGE 22, 1184/1185.

14 Tobler, SJZ 17, 241.

15 Näheres dazu bei Egger, Art. 331 N 10; Steiner 145 ff.; Rutz 19 ff.; Papa 3 ff.

16 Vgl. dazu Oftinger II/1 254; Egger, Art. 333 N 11; Brehm 2. Eine Haftpflicht nach Art. 61 aOR bejahen hingegen Frey 84 ff. und Gysler (zit. S. 10 FN 40) 43 (mit Differenzierungen), weil sie die "häusliche Aufsicht" weit interpretierten.

17 BGE 44 II 9.

18 Vgl. Egger, Art. 331 N 14.

19 Zur Hausgewalt: Egger, Art. 331 N 16; Tuor/Schnyder 307 f.; Stocker 16 ff.; Akesson (zit. vorne S. 10 FN 40) 30 ff.; ZR 18 Nr. 92 S. 181 f.

Hausgenossen und dem Familienhaupt ist somit ein *Subordinationsverhältnis*²⁰. Das Familienhaupt soll kraft seiner Stellung das Recht und die Möglichkeit haben, die Hausgenossen zu beaufsichtigen und von Schädigungen abzuhalten, um sich dadurch dem Vorwurf der Pflichtverletzung zu entziehen²¹.

Die Hausgewalt erstreckt sich auf die Hausgenossen. Als solche zählt Art. 331 II ZGB die Verwandten und Verschwägerten auf sowie Personen, die aufgrund eines Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmer oder in ähnlicher Stellung im gemeinsamen Haushalt leben. Zum Kreis der Hausgenossen gehören z.B. Dienstboten, Gärtner, Lehrlinge, Gesellen, Pflegekinder, Pensionäre, Zöglinge usw.²². Art. 333 I ZGB erfasst jedoch nur die unmündigen, entmündigten, geistesschwachen und geisteskranken Hausgenossen, von denen uns die unmündigen interessieren. Die Hausgewalt soll hier "dem Schutze Dritter gegen diejenigen Hausgenossen dienen, von denen eine Schädigung am ehesten zu erwarten ist und die zugleich den auf Schadensverhütung zielenden Massnahmen des Familienhaupts am besten zugänglich scheinen"²³.

Die Existenz eines Familienhaupts setzt eine entsprechende Vorschrift des Gesetzes, eine Vereinbarung oder das Herkommen voraus (Art. 331 I ZGB). Bei Kindern kann generell gesagt werden, dass bis heute meistens der Vater als verantwortliches Familienhaupt in Frage kommt.

Nach dem noch geltenden, patriarchalisch ausgerichteten Art. 160 I ZGB ist der *Vater* als Haupt der Gemeinschaft das verantwortliche Familienhaupt für seine unmündigen Kinder, wenn diese im gemeinsamen Haushalt leben, und nicht die *Mutter*²⁴.

Damit enthält die Begriffsbestimmung des Familienhaupts ein formelles Moment, obschon sie sich sonst grundsätzlich nach einem materiellen Kriterium, d.h. nach dem Zweck der Vorschrift, richtet, denn vielfach ist der Vater gar nicht in der Lage, das Nötige vorzukehren, sondern nur die *Mutter*²⁵.

Obwohl die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam ausüben und nach dem neuen Kindesrecht der Stichentscheid des Vaters nicht mehr besteht (vgl. alt Art. 274 II und neu Art. 297 I ZGB), kann bis zur gänzlichen Gleichstellung der Ehefrau und Mutter diese nicht neben dem Ehemann und Vater oder allein, ausser in den nachfolgenden Fällen, Familienhaupt sein²⁶. Fällt die ehemännliche Gewalt (Art. 160 I ZGB) – wie für die im Gange befindliche Revision vorgesehen – weg, so wird

20 Statt vieler Oftinger II/1 251, 253.

21 BGE 71 II 63.

22 Vgl. dazu Egger, Art. 331 N 12, 13; Tuor/Schnyder 308; Meyer-Wild 217.

23 Oftinger II/1 251.

24 Neuere Literatur: Hegnauer 131/132; Keller 110; BGE 103 II 29.

25 Vgl. Oftinger II/1 250/251, 258 und FN 21.

26 Hingegen war dies nach Art. 61 aOR möglich. Vgl. die bei Oftinger II/1 257 FN 98 zit. Judikatur; Gysler (zit. S. 10 FN 40) 40 ff.

im Normalfall den Eltern die Familienhaupteigenschaft gemeinsam zustehen²⁷. Die Gerichte schlossen dies gelegentlich schon bisher zukunftsweisend nicht aus²⁸.

Vorläufig noch ist die Ehefrau als Hilfsperson des die Gewalt ausübenden Ehemannes zu betrachten²⁹, deren persönliche Haftpflicht sich nach Art. 41 OR richtet. Das Fehlen einer gemeinsamen Gewalt wirkt sich für den Geschädigten nicht nachteilig aus, da es sich bei Art. 333 ZGB um eine Kausalhaftung handelt und der Ehemann für die Sorgfaltspflichtverletzung seiner Frau haftet³⁰.

Aus diesem Grund macht es im Rahmen der Haftung nach Art. 333 ZGB praktisch keinen Unterschied aus, ob während vorübergehender Abwesenheit (z.B. wegen Militärdienstes) der Ehemann Familienhaupt bleibt³¹ oder ob man einen Übergang der Hausgewalt auf die Ehefrau befürwortet³².

Kinder können zwar wohl unter der elterlichen Gewalt ihres Vaters stehen, sich aber nicht unter seiner Hausgewalt befinden, weil sie sich nicht im gemeinsamen Haushalt aufhalten.

Sind die Eltern nicht verheiratet, so hat die Mutter die elterliche Gewalt (Art. 298 I ZGB).

Ist der Vater gestorben, so fällt die elterliche Gewalt gemäss Art. 297 III ZGB der Ehefrau und Mutter zu, ebenso bei Scheidung, wenn ihr die Kinder anvertraut wurden, oder bei Trennung auf Anordnung des Richters (Art. 297 II ZGB); sie ist massgebendes Familienhaupt, wenn die Voraussetzung des gemeinsamen Haushalts erfüllt ist³³. Ist der Vater bevormundet, so kann die Mutter seine Stellung einnehmen³⁴.

Der Wegfall der elterlichen Gewalt bedeutet jedoch nicht unbedingt den Verlust der Eigenschaft als Familienhaupt.

Neben dem Familienhaupt kraft Gesetzes gibt es diese Eigenschaft bei fließendem Übergang (z.B. Stief-, Pflegevater bzw. -mutter) auch kraft Vereinbarung.

Aus *Vertrag* übt etwa ein Internatsleiter, Anstaltsvorsteher, Lehrherr, Meister, Leiter einer privaten Ferienkolonie u.a. die Funktion des Familienhaupts aus³⁵. Es

27 Vgl. Tuor/Schnyder 309 FN 3a.

28 BGE 44 II 9; SJZ 65, 242 Nr. 128. Bei der Sorgfalterfüllung werden vielfach die Eltern, Vater und Mutter, erwähnt, vgl. hinten S. 52, wohl in der Meinung, dass der Ehemann für seine Frau haftet, vgl. bei FN 30. Geht es um Drittverschulden, so wird fast immer von den Eltern gesprochen, vgl. hinten S. 106 FN 93.

29 Vgl. Oftinger II/1 278/279; Deschenaux/Tercier 110; Brehm 2; Schwander 18; BGE 103 II 30; Sem.jud. 99, 234; a.M. SJZ 44, 109 Nr. 35 (keine Hilfsperson, auch keine gemeinsame Gewalt).

30 BGE 103 II 30/32. Anders in BGE 70 II 138, wo das Bundesgericht das Verhalten der Ehefrau nicht dem Ehemann anrechnet, weil es unter dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung entscheidet. Ähnlich ZR 56 Nr. 93 S. 156.

31 Schwander 18; Brehm 2; BGE 70 II 137/138 (hier, unter dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung, macht es jedoch einen Unterschied aus, vgl. FN 30).

32 Wie Keller 110.

33 Vgl. BGE 41 II 92; SJZ 16, 374 f. Nr. 84: Hier fehlt allerdings der gemeinsame Haushalt. Vgl. dazu und zum Folgenden auch Kehl 109/110.

34 BGE 71 II 64.

35 Vgl. die in FN 37 zit. Autoren und Brehm 3; Frank 109, 206; Frey 81 ff.; Papa 20 ff.; BGE 79 II 263; 71 II 64; 44 II 4; 24 II 831 ff.

können in ein und derselben Person sowohl die Voraussetzungen des Familienhaupts als auch des Geschäftsherrn gegeben sein³⁶.

Im weiteren ist das kraft *Herkommens* bestimmte, übungsgemäss anerkannte Familienhaupt zu erwähnen, das ebenfalls bei familienähnlichen Haushalten, wie z.B. Anstalten, Hotelbetrieben u. dgl., eine Rolle spielt³⁷. Auf dem Lande kommt es vor, dass die verheirateten Söhne in der Familie des Vaters wohnhaft bleiben. Einzelne Autoren betrachten dann den Grossvater als massgebendes Familienhaupt³⁸. M.E. liegt es heutzutage näher, den Vater als gesetzlich bestimmtes Familienhaupt im Hinblick auf das Tun und Lassen seiner Kinder zur Verantwortung zu ziehen³⁹.

Das Kind befindet sich regelmässig unter einer Hausgewalt. Sagen sich jedoch Jugendliche von ihren Eltern los⁴⁰, machen sich selbständig und hausen z.B. in einer Kommune, dann sind sie keiner Hausgewalt unterstellt⁴¹.

Die Hausgewalt kann nacheinander verschiedenen Personen zustehen. Mehreren Hausgewalten kann man hingegen nicht gleichzeitig unterstehen⁴².

Hausgenosse ist nicht, wer bloss vorübergehend einer Hausgemeinschaft angehört⁴³. Bei kurzen Besuchen wechselt in der Regel die Hausgewalt nicht. Wenn sich Kinder während einiger Stunden zum Spielen bei Kameraden aufhalten, bleibt ihr Vater (oder wer sonst es ist) Familienhaupt⁴⁴.

Etwas anderes gilt, wenn eine besondere Vereinbarung vorsieht, dass ein Hausgenosse abwechselungsweise in zwei verschiedenen Hausgemeinschaften Aufnahme findet; z.B. ein Lehrling während der Woche in der Familie des Lehrmeisters und am Wochenende zu Hause⁴⁵.

Wenn sich Kinder für eine längere Zeitdauer ausser Haus aufhalten, z.B. in den Ferien bei Verwandten oder die Woche über bei einer Pflegefamilie, so erfolgt ein Übergang der Hausgewalt, und der betreffende Gastgeber (Onkel, Pflegevater u.a.m.) ist für die Dauer des Aufenthalts Haftungssubjekt⁴⁶.

Eine Schwierigkeit ergibt sich, wenn die Schädigung auf eine Sorgfaltspflichtvernachlässigung des früheren Familienhaupts zurückzuführen ist. Dies trifft beispielsweise zu, wenn zufolge ungenügender Erziehung das neue Familienhaupt gar keine Möglichkeit hat, der Schädigung vorzubeugen. M.E. ist es falsch, das frühere Familienhaupt gemäss Art. 333 ZGB haften zu lassen, denn zur Zeit der Schädi-

36 Vgl. vorne S. 46.

37 Vgl. dazu Oftinger II/1 252; Egger, Art. 331 N 15; Keller 110; Stocker 22; Labhart 29/30.

38 Tuor/Schnyder 308; Brehm 2/3 und die dort zit. Judikatur; Schwander 18; Labhart 30/31.

39 Oftinger II/1 258/259.

40 Auch das Umgekehrte ist möglich: dass sich das Familienhaupt von seinem Kind lossagt.

Vgl. Tobler, SJZ 17, 241 ff.

41 Vgl. Schwander 19 FN 89.

42 Vgl. BGE 71 II 63.

43 Vgl. Oftinger II/1 255 ff.; Keller 111; Schwander 19; BGE 71 II 63.

44 BGE 43 II 212.

45 BGE 71 II 63.

46 BGE 79 II 350 ff.

gung ist es ja gar nicht mehr Familienhaupt⁴⁷. Haften kann es dann gleichwohl, doch nur aufgrund einer anderen Kausalhaftung oder nach Art. 41 OR.

In der Regel ist eine einzelne Person Familienhaupt. Es können aber auch mehrere Personen zusammen als Familienhaupt derselben Person auftreten, beispielsweise wenn zwei Brüder zusammen ein Internat leiten oder künftig die Eltern⁴⁸. Sie haften dann solidarisch.

Auch eine juristische Person des Privatrechts kann Familienhaupt sein⁴⁹. Zu denken ist an private Anstalten, Internate, Kinderheime, Hotelbetriebe usw. Allerdings ist Art. 333 ZGB auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie z.B. öffentliche Spitäler und Anstalten, staatliche Ferienkolonien usw., nicht anwendbar, ausser sie üben eine vom Privatrecht beherrschte Tätigkeit (gewerbliche Ver- richtung) aus. Sonst kann man nicht mehr von Hausgewalt im Sinne von Art. 331 ff. ZGB sprechen. Öffentliches Recht regelt die Beziehungen zu den Insassen⁵⁰.

Wer sich einer Hilfsperson bedient, um die von Art. 333 ZGB vorgesehene Sorg- faltspflicht zu erfüllen, bleibt Familienhaupt; er überträgt die Hausgewalt nicht an die Hilfsperson⁵¹.

3. Schadensverursachung durch einen aufsichtsbedürftigen Hausgenossen

Nach allgemeiner Beweislastordnung ist der Geschädigte für diese Voraussetzungen beweispflichtig.

Das Familienhaupt haftet nur für die in Art. 333 I ZGB abschliessend aufgezähl- ten Hausgenossen, zu denen die unmündigen⁵² gehören.

Es müssen eine widerrechtliche⁵³ Schadenszufügung und zwischen dem Verhal- ten des Kindes und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang⁵⁴ gegeben sein. Ein *Verschulden* des Hausgenossen ist hingegen *nicht* erforderlich, denn diese

47 Vgl. Oftinger II/1 252/253; Keller 112; a.M. Brehm 4, der den Übergang der Haftpflicht von einem Familienhaupt zum andern "nicht von der Dauer des Aufenthaltes des Minder- jährigen, sondern von der Art der schädigenden Handlung und der Art und Weise, wie ihr vorgebeugt werden kann", abhängig macht.

48 BGE 44 II 9.

49 BGE 79 II 263 und die in FN 50 zit. Autoren; a.M. Frank 110/111.

50 Vgl. mit zum Teil differierenden Ansichten Oftinger II/1 259/260; Egger, Art. 331 N 11, Art. 333 N 31; Rossel/Mentha no 723; Papa 20/21 FN 57; Brehm 3; Schwander 19; Frank 109/110.

51 Vgl. Oftinger II/1 257; Schwander 19; Entscheide hinten S. 60/61.

52 Keine Haftung für volljährigen Sohn: BGE 61 II 86; SJZ 26, 251 Nr. 46 = ZBJV 65, 419.

53 Vgl. Sem.jud. 99, 232 und zit. Literatur; SJZ 43, 189 Nr. 86 = PKG 1944, 28; SJZ 38, 32 Nr. 7; 22, 329 Nr. 268. Handelt das Kind aus Notwehr, so entfällt die Haftung des Familienhaupts: a.M. ZR 2 Nr. 191 S. 230.

54 BGE 38 II 472/473; 26 II 308; Sem.jud. 99, 232; SJZ 43, 189 Nr. 86; 6, 74/75 Nr. 24; ZBJV 52, 571.

Bestimmung will ja gerade gegen Schädigungen schuldunfähiger Personen Deckung bieten⁵⁵.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass Art. 333 ZGB nur bei Schädigungen Dritter (auch anderer Hausgenossen des gleichen Familienhaupts), nicht jedoch bei Schädigungen, die sich ein Kind selbst zufügt, anwendbar ist⁵⁶.

4. Keine Befreiung

a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund

Die Haftung entfällt, wenn ein allgemeiner Entlastungsgrund, höhere Gewalt, Selbstverschulden, Drittverschulden, gegeben ist⁵⁷. Ein Drittverschulden kann auch – wenn ein Kind ein anderes schädigt – im Verhalten der aufsichtspflichtigen Eltern des geschädigten Kindes liegen, was aber in der Praxis offenbar nicht als Unterbrechungsgrund von Bedeutung ist⁵⁸. Überhaupt scheinen die Entlastungsgründe eine untergeordnete Rolle zu spielen; meist fragt es sich, ob das Familienhaupt die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.

b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund

aa) Sorgfaltsnachweis

aaa) Grundsätze

Nach Art. 333 ZGB kann sich das Familienhaupt befreien, wenn es “das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung” beobachtet hat. Die mangelhafte Beaufsichtigung wird vermutet; das Familienhaupt trifft die Beweislast dafür, dass es die gebotene Sorgfalt aufgewendet hat⁵⁹. Ein lückenloser Beweis wird nicht verlangt⁶⁰; hohe Wahrscheinlichkeit genügt.

Nach heutiger Auffassung haben wir es mit einer Kausalhaftung zu tun. Dennoch werden auch Entscheide, welche die Haftung als Verschuldenshaftung qualifizieren,

55 Vgl. Oftinger II/1 264 und Zitate; Tuor/Schnyder 310; Keller 108; Deschenaux/Tercier 110; Schärer 122; Trüssel 115; Thilo 263; Sem.jud. 99, 230, 232; ZR 2 Nr. 191 S. 229.

56 Ein allfälliges Drittverschulden der Eltern (vgl. S. 106) beurteilt sich gleichwohl nach den Richtlinien des Art. 333 ZGB.

57 Vgl. Oftinger II/1 265; zum Selbstverschulden: BGE 57 II 130; 39 II 744.

58 Vgl. auch vorne S. 20/21.

59 BGE 100 II 301 und Zitate; Sem.jud. 99, 233.

60 Vgl. Brehm 6/7.

herangezogen und solche, die sich auf das Drittverschulden der Eltern⁶¹ beziehen. Abgesehen von den vorne S. 11 erwähnten Unterschieden bestimmt sich nämlich die Sorgfaltspflicht gleich⁶². Vielfach wird im folgenden Text wie in vielen Entscheidungen der Ausdruck "Eltern" bei der Sorgfaltserfüllung gebraucht in der Meinung, dass das Familienhaupt für die Sorgfaltspflicht einzustehen hat und hiebei auch für seine Ehefrau haftet.

Es wird ein *objektiv* umschriebenes Mass von Sorgfalt verlangt⁶³. Dieses Mass beurteilt sich nach den *konkreten Umständen* des Einzelfalles, nicht nach abstrakten Grundsätzen; es ist von Fall zu Fall verschieden⁶⁴. Die Aufsichtspflicht ist also relativ.

Zu berücksichtigen sind insbesondere Alter und Charakter des Kindes, das soziale Milieu, lokale Gegebenheiten, Art und Weise, wie, d.h. mit welchem Instrument, der Schaden verursacht wurde⁶⁵. Nach Oftinger⁶⁶ hat die Sorgfalt um so grösser zu sein, "je jünger, unerzogener, charakterlich ungefestigter oder bössartiger usw. die Hausgenossen und je gefährlicher ihre Geräte oder Spiele sind".

Gegenüber einem urteilsfähigen Minderjährigen im vorgerückten Alter kann die Aufsicht naturgemäss nur noch lose sein, während sie bei einem Kleinkind kontinuierlich zu sein hat. Kleine Kinder werden heute oft im Sinne einer freiheitlichen Erziehung zu wenig beaufsichtigt und z.B. schon mit 2 Jahren allein auf Quartierstrassen belassen. Naturgemäss schädigen sie sich selber viel eher als andere Personen⁶⁷. Manchmal sind die Gerichte bereits bei der Sorgfaltspflichtbewertung des Familienhaupts gegenüber kleineren Kindern nicht sehr streng⁶⁸.

Von einem gewissen Alter an werden Kinder selbständiger — sie haben Einsicht in die Gefahren und können diese vermeiden —, so dass ihnen grössere Freiheiten eingeräumt werden dürfen⁶⁹. So konnte sich das Familienhaupt befreien:

61 Diese Entscheide werden durch DV bezeichnet. Vgl. auch S. 106.

62 BGE 103 II 27.

63 Oftinger II/1 268, 274; Deschenaux/Tercier 111; Brehm 7.

64 Vgl. u.a. BGE 103 II 27; 100 II 301; 79 II 353; 57 II 129 und dort zit. BGE; SJZ 44, 109 Nr. 35; 35, 376 Nr. 246 = ZBJV 75, 88; Sem.jud. 99, 233.

65 Vgl. statt vieler BGE 100 II 301; 79 II 353.

66 II/1 274.

67 In Frage kann ein allfälliges Drittverschulden der Eltern stehen. Vgl. BGE 95 II 259 ff.: 3jähriger Knabe in der Obhut seiner 4 3/4jährigen Schwester belassen. Weitere Entscheide vgl. vorne S. 21 FN 54 und hinten S. 106 FN 93.

68 Haftpflicht verneint:

SJZ 42, 203 Nr. 80: 4 1/2jähriger auf Dorfstrasse, Steinewerfen;

SJZ 32, 248 Nr. 173: 4 1/2jähriges Töchterlein bei Herannahen eines Fahrzeugs vor Fuhrwerk geschickt.

Haftpflicht zu Recht verneint:

U des Bezirksgerichts Arlesheim vom 18. August 1972: 4 1/2jähriger beschädigt Glaskuppel in Wohnsiedlung.

Haftpflicht bejaht:

Sem.jud. 85, 387/388: 3 1/2jähriger Knabe, Dreirad;

SJZ 24, 202 Nr. 188: 6jähriger Knabe auf belebter Strasse mit Dreirad.

69 Vgl. hinten S. 59.

- bei einem 19jährigen Jüngling, der mit dem Motorrad eines Freundes herumfuhr⁷⁰,
- bei einem 17jährigen, den der Vater ohne Aufsicht schlitteln liess⁷¹, und ferner
- bei einem 18 1/2jährigen, der mit einem Vetterligewehr an einem Fasnachtsumzug teilnahm^{72,73}.

Bei Gutartigkeit und nicht auffälligen Charaktereigenschaften des Kindes bedarf es keiner besonderen, das übliche Mass⁷⁴ übersteigenden Beaufsichtigung, es sei denn, die Art der Betätigung verlange eine solche⁷⁵.

Hingegen ist bei Kindern mit gefährlichen Neigungen und Veranlagungen⁷⁶, bei besonders nervösen, überreizten⁷⁷ oder erheblich geistesschwachen Kindern⁷⁸ sowie solchen mit bösamtem Charakter^{79,80} eine intensive Überwachung angezeigt.

Immerhin darf nicht wegen eines nicht ganz sanften, lammfrommen Gebarens eines Kindes kurzerhand auf einen bösamten Charakter geschlossen werden⁸¹.

Die erwähnten wie auch die nachfolgenden Umstände haben für die Schädigung kausal zu sein⁸².

Zur sozialen Stellung des Familienhaupts ist zu bemerken, dass bei Eltern in einfachen Verhältnissen mit vielen Kindern und Berufsarbeit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen⁸³. Nicht gleich liegen die Verhältnisse beim

70 BGE 52 II 328/329; anders ZBJV 63, 85/86: 18jähriger, starker Hang zum Motorradfahren.

71 SJZ 43, 189 f. Nr. 86.

72 BGE 48 II 426.

73 Neben dem Alter sind immer noch weitere Umstände massgebend, z.B. ist bei einem 12jährigen angesichts des Alters keine besondere Beaufsichtigung geboten, jedoch wenn er eine Armbrust herumträgt. Vgl. SJZ 50, 99 Nr. 38.

Vgl. auch ZBJV 52, 262/263 (SJZ 13, 108 Nr. 84): Gegen den Wirtschaftsbesuch des 17jährigen Sohnes ist nichts einzuwenden, hingegen wenn gefährliche Ausschreitungen zu befürchten sind.

74 Vgl. hinten S. 57.

75 BGE 79 II 264/265; 79 II 353; 70 II 139/140; 62 II 74 (normale Lebhaftigkeit); 39 II 744; SJZ 65, 242 Nr. 128; 50, 99 Nr. 38; 44, 109 f. Nr. 35; 42, 303 Nr. 80; 32, 248 Nr. 173; 19, 65 Nr. 42; 6, 75 Nr. 24; ZBJV 88, 487 (DV); 82, 181; ZR 56 Nr. 93 S. 155 f.; BJM 1969, 28; Sem.jud. 20, 793; 14, 58.

76 BGE 38 II 474/475; ZBJV 63, 85/86 (Hang zum Motorradfahren).

77 Wie in BGE 24 II 433 bei einem hochgradig nervösen, zur Epilepsie neigenden Kind.

78 BGE 60 II 147 (DV).

79 Vgl. dazu BGE 57 II 130/131; 43 II 213.

80 Ist der Kläger für bösamten Charakter wie überhaupt für besondere Umstände beweispflichtig? Mit Oftinger II/1 278 ist dies zu verneinen. A.M. Egger, Art. 333 N 20; Brehm 8; BGE 57 II 131/132; weitere Zitate bei Brehm.

81 Vgl. Keller 115.

82 Vgl. BGE 43 II 213; 41 II 422 und Ausführungen dazu bei Oftinger II/1 274; ZBJV 54, 31/32.

83 Vgl. BGE 95 II 260 (DV); 70 II 138; 63 II 62 (DV); 62 II 74; ZR 56 Nr. 93 S. 156; Thilo, JT 1947 I 482 Nr. 14.

Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die Unmöglichkeit, der Aufsichtspflicht z.B. wegen Abwesenheit nachzukommen, nicht befreiend wirkt, wenn das erforderliche Mass nicht erfüllt ist. Vgl. vorne S. 11.

Familienhaupt, das in der Lage ist, eine angemessene Aufsicht auszuüben oder ausüben zu lassen, was auch für den Anstalts- und Institutsvorsteher zutrifft⁸⁴.

Bei den örtlichen Verhältnissen berücksichtigt das Bundesgericht in älteren Entscheidungen, dass

- in städtischen Verhältnissen die Kinder der weniger begüterten Bevölkerungsschichten häufig auf die Strasse als Spielplatz angewiesen sind⁸⁵, was durch die heutigen Verkehrsverhältnisse zum Teil fragwürdig geworden ist,
- in Gebirgsgegenden die Kinder schon früh zum Viehhüten geschickt werden und mit Schusswaffen hantieren⁸⁶,
- auf dem Lande Kinder sich häufig in Scheunen, Schöpfen u. dgl. herumtreiben und es sich mit der Wirklichkeit nicht verträgt, alle Geräte wegzuschaffen, mit denen sie möglicherweise Schaden stiften könnten⁸⁷.

Vor allem ist der Besonderheit des schädigenden Ereignisses Rechnung zu tragen. Die Sorgfaltspflicht richtet sich z.B. danach, ob das Familienhaupt einem Jungen ein Velo oder eine Schusswaffe anvertraut. Das Überlassen eines ungefährlichen Spielzeugs bedeutet keine Sorgfaltspflichtverletzung⁸⁸. Hohe Anforderungen sind jedoch zu stellen, wenn das Familienhaupt den Jugendlichen mit *gefährlichen Geräten*, wie Waffen, hantieren lässt, überhaupt, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Jugendliche mit solchen in Berührung kommt⁸⁹.

Die Gerichte sind sich leider nicht immer einig, was als gefährliches Instrument und was als harmloses Spielzeug zu qualifizieren ist⁹⁰.

Übersicht (Näheres in Kasuistik)

			Haftpflicht
BGE	24 II 835/836	Steinschleuder	12 1/2j. verneint
	32 II 461	Windbüchse	15j. bejaht
	33 II 599	Beil (Holzhacken)	7j. bejaht

84 Egger, Art. 333 N 20.

85 Vgl. BGE 63 II 62 (DV); ferner 58 II 36/37 (DV); 39 II 743; Sem.jud. 49, 606 (keine Befreiung); gilt auch für ländliche Verhältnisse: BGE 95 II 260 (DV); SJZ 42, 203 Nr. 80; ZBJV 88, 487 (DV).

86 BGE 60 II 225 (DV); 41 II 421.

87 BGE 62 II 74/75; Haftpflicht jedoch bejaht: 33 II 599 und SJZ 61, 159 ff. Nr. 89 (bei Lagerung von Sprengkapseln in Garage); vgl. ferner zu den ländlichen Verhältnissen BGE 95 II 260 (DV); 70 II 138; ZBJV 75, 89; Sem.jud. 14, 58.

88 ZBJV 88, 487 (DV).

89 Vgl. statt vieler BGE 62 II 74; 79 II 353 ff.; SJZ 61, 160 f. Nr. 89; Oftinger II/1 270, 273, 281.

90 Z.B. wird die Armbrust von der Vorinstanz als harmloses Spielzeug bezeichnet, vgl. SJZ 50, 99 Nr. 38, oder ein Flobertgewehr nicht als gefährliche Waffe, vgl. BGE 41 II 92/93 (nach Art. 41 OR geurteilt). Unklar schien bis zu BGE 103 II 28, wozu Pfeil und Bogen zu zählen sind. Siehe hinten Kasuistik S. 64 f. Um keine gefährlichen Geräte handelt es sich bei einem Scheit: ZBJV 82, 181; Stecken: SJZ 36, 172 Nr. 123.

				Haftpflicht
BGE	41 II 420/421	Flobertpistole	17j.	verneint
	43 II 146/147	Luftgewehr	15j.	bejaht
	43 II 212/213	Kindergewehrchen	7j.	verneint
	44 II 9 ff.	Flobertpistole	16j.	bejaht
	48 II 426 f.	Schusswaffe	18 1/2j.	verneint
	57 II 129 ff.	Pfeil und Bogen	8j.	verneint
	57 II 564 ff.	Schreckpistole	13j.	bejaht
	62 II 74 ff.	Beil (Holzspalten)	8j.	verneint
	70 II 138 ff.	Beil (Holzspalten)	10j.	verneint
	79 II 353 ff.	Revolver	15 1/2j.	bejaht
	100 II 301 ff.	Luftgewehr	15j.	bejaht
	103 II 27 ff.	Pfeil und Bogen	7j.	bejaht
SJZ	22, 153 Nr. 136	Flobertgewehr	14j.	bejaht
	50, 99 Nr. 38	Armbrust	12j.	bejaht
	61, 160 f. Nr. 89	Sprengkapseln		bejaht
ZBJV	54, 32/33	Taschenmesser	9j.	verneint
Sem.jud.	14, 315	Gewehr kapseln	12j.	verneint
HE	4, 41	Pfeil und Bogen	7j.	bejaht
ZR	2 Nr. 191 S. 229	Schrotflinte	14j.	bejaht
	11 Nr. 125 S. 204	Flobertgewehr	17j.	bejaht
	56 Nr. 93 S. 155/156	Pfeil und Bogen	6j.	verneint

Wenn das Familienhaupt nicht weiss und bei gehöriger Aufmerksamkeit auch nicht wissen muss, dass sein Kind mit dem fraglichen Gerät umgeht, kann es sich in der Regel befreien⁹¹: Die Rechtsprechung stellt beim Mass der Sorgfalt darauf ab, ob ein schädigendes Verhalten des Hausgenossen *voraussehbar* gewesen sei oder nicht⁹². Fehlt es an der Voraussehbarkeit, so ist eine besondere, das übliche Mass⁹³ übersteigende Beaufsichtigung nicht zuzumuten.

Nicht jede Schadenszufügung durch Kinder ist voraussehbar⁹⁴. Als nicht voraussehbar wird erachtet, dass

- der 15jährige Sohn, dem der Vater niemals eine Schusswaffe überlassen hat, seinem im gleichen Hause lebenden Onkel eine Waffe entwendet und mit dieser einen Kameraden verletzt⁹⁵,

91 BGE 62 II 75/76; 52 II 329. Wenn die Mutter es hingegen weiss, wird dies dem Vater angelastet. Vgl. BGE 103 II 29/32 im Gegensatz zu ZR 56 Nr. 93 S. 156; vgl. ferner SJZ 61, 160/161 Nr. 89; Sem.jud. 14, 315.

92 Vgl. im weiteren BGE 100 II 301; 79 II 353; 74 II 196; 48 II 427; 43 II 147; SJZ 50, 99 Nr. 38; 32, 248 Nr. 173; Sem.jud. 99, 233/234; BJM 1969, 28; U des Bezirksgerichts Arlesheim vom 18. August 1972.

93 Vgl. hinten S. 57.

94 Die Rechtsprechung ist bisweilen grosszügig bei der Einschätzung der Unvorhersehbarkeit. Vgl. Brehm 9.

95 SJZ 25, 25 Nr. 23.

- der 19jährige Sohn das Motorrad seines Freundes benützt und damit einen Unfall verursacht⁹⁶,
- Kinder mit einem Beil spielen⁹⁷ usw.

Stets ist zu prüfen, ob das Kind im Zeitpunkt der Schädigung genügend beaufsichtigt worden ist (spezielle Aufsicht), nicht, ob es allgemein genügend oder ungenügend überwacht wird⁹⁸.

Die Aufsichtspflicht an sich erstreckt sich aber auf das gesamte Tun und Lassen, auf alle Lebensbeziehungen der zu beaufsichtigenden Person, denn das Familienhaupt haftet im Gegensatz zum Geschäftsherrn, der nur für Schäden in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen aufzukommen hat, für sämtliche von Hausgenossen verursachte Schäden⁹⁹.

Beaufsichtigen bedeutet nicht nur die Pflicht zur eigentlichen Überwachung des Unmündigen, sondern auch die Pflicht zur Ergreifung aller Massnahmen, die sich aufdrängen, um Schädigungen Dritter zu vermeiden¹⁰⁰, und schliesst insbesondere ein:

- Erziehungsmassnahmen¹⁰¹,
- Hinweise, Belehrungen, Anleitungen, Ermahnungen, Warnungen¹⁰², Aufmerksam machen auf Gefahren, Einführen in den Gebrauch eines gefährlichen Gegenstandes usw.¹⁰³,
- Überprüfung gefährlicher Spiele und Tätigkeiten sowie von Gegenständen¹⁰⁴,
- Verbote (gewisser Spiele und Tätigkeiten)¹⁰⁵, denen (durch Kontrollen) Nachachtung zu verschaffen ist¹⁰⁶,
- Wegschliessen gefährlicher Gegenstände¹⁰⁷,
- im Strassenverkehr spezielle Orientierung über Verkehrsverhalten, Belehrung und Kontrollen, bis das Kind die erforderliche Gewöhnung und Selbständigkeit er-

96 BGE 52 II 329.

97 BGE 62 II 75/76.

98 Vgl. SJZ 16, 210 Nr. 128; 6, 75 Nr. 24; ZBJV 82, 181; Sem.jud. 16, 348, 349.

99 Vgl. dazu Oftinger II/1 262, 269; Trüssel 177/178; Akesson (zit. S. 10 FN 40) 91; Meyer-Wild 220/221; Steiner 93; BGE 30 II 434.

100 BGE 100 II 301; 79 II 353; Sem.jud. 99, 234; Brehm 7.

101 Vgl. BGE 70 II 138; 38 II 475; v. Wattenwyl 89.

102 Warnungen und Ermahnungen können jedoch auch gegenteilige Wirkungen haben, indem sie zur Neugier reizen. Vgl. BGE 62 II 76.

103 BGE 103 II 28/29; 100 II 301 ff.; 70 II 138/139; 62 II 75; 57 II 566; 43 II 147; SJZ 50, 99 Nr. 38; ZR 56 Nr. 93 S. 155/156; 11 Nr. 125 S. 204; 2 Nr. 191 S. 229; BJM 1973, 292; zum Strassenverkehr vgl. FN 108.

104 Vgl. u.a. BGE 71 I 57 (DV); 44 II 9/10; 43 II 146/147; SJZ 61, 160 f. Nr. 89.

105 BGE 79 II 354; 67 II 55; 62 II 75; 57 II 566; 44 II 9/10; 33 II 598/599; 32 II 461; 24 II 835; SJZ 23, 281 Nr. 225 = ZBJV 63, 86 (hier Verbot nicht genügend).

106 BGE 44 II 10; 24 II 835; ZBJV 63, 86; Sem.jud. 46, 47; BJM 1973, 292.

107 BGE 79 II 354 (Revolver); 33 II 599; SJZ 61, 160 f. Nr. 89 (Sprengkapseln); ZR 11 Nr. 125 S. 204.

reicht hat; Vergewisserung, dass der Jugendliche das ihm überlassene Fahrzeug richtig benutzen kann, dass er z.B. nicht ein zu grosses Rad verwendet usw.¹⁰⁸,
 – in begrenztem Umfang Begleitung¹⁰⁹.

Art. 333 ZGB erwähnt das *übliche Mass* von Sorgfalt. Die ältere Literatur sieht darin eine gewisse Erleichterung der Stellung des Haftpflichtigen im Gegensatz zu Art. 55 OR¹¹⁰.

Doch macht das Gesetz hier keine Ausnahme von der allgemeinen Regel des Schadenersatzrechts, wonach das allgemein Übliche nicht schlechthin als Richtlinie für die Sorgfalt gelten kann. Art. 333 ZGB verlangt nicht nur das übliche, sondern das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt. Die Übung ist immer dort ungenügend, wo die Umstände mehr verlangen¹¹¹. Das Übliche kann einen *abusus* darstellen¹¹². Deshalb ist die Erwähnung des Üblichen lediglich als Hinweis und Verdeutlichung zu verstehen und die Sorgfalt nach Art. 333 ZGB grundsätzlich in gleicher Weise zu beurteilen wie nach Art. 55, 56 OR usw.

Häufig wird von der Praxis auf das Übliche hingewiesen¹¹³, wobei die örtlichen Gewohnheiten¹¹⁴, Landesüblichkeiten und allgemeinen Gepflogenheiten¹¹⁵ herangezogen werden.

Wenn die Umstände nicht mehr verlangen, ist dagegen nichts einzuwenden¹¹⁶.

Kann sich das Familienhaupt darauf berufen, es habe eine *polizeiliche* oder andere *Vorschrift* eingehalten? Oder umgekehrt: Deutet deren Verletzung allein schon auf eine Sorgfaltspflichtverletzung hin?

108 Vgl. Schwander 20/21; BGE 67 II 55; 49 II 444/445; 95 II 261 (DV); Sem.jud. 46, 47. Beim Gebrauch eines Dreirads, Trotinetts oder Go-Karts hat sich das Familienhaupt zu überzeugen, dass das Kind sich dessen ohne Gefahr für den Verkehr bedienen kann. Es gehört z.B. dazu, das Kind zur Vorsicht zu ermahnen und zu belehren, dass es Rücksicht auf Fussgänger zu nehmen hat. Vgl. SJZ 24, 202 Nr. 188 = Sem.jud. 49, 606; ZBJV 88, 487 (DV); Sem.jud. 99, 234. Auch beim Gebrauch eines Rollbretts sind gezielte Instruktionen angebracht.

109 BGE 60 II 147/148 (DV): Ein schwachsinniges 14jähriges Mädchen ist auf der Bahnfahrt zu begleiten. Vgl. ferner hinten S. 59.

110 Vgl. Steiner 93; Labhart 38; Auer 28/29; a.M. Gysler 53/54.

111 Vgl. Oftinger II/1 279 ff.; Keller 114; Egger, Art. 333 N 17; Brehm 7/8; Trüssel 178; Frey 136/137; Labhart 39; BGE 79 II 353; SJZ 50, 99 Nr. 38; ZBJV 88, 487 (DV); ZR 56 Nr. 93 S. 155 unten; HE 4, 109; Sem.jud. 16, 348.

112 Vgl. BGE 57 II 130; 24 II 836; Sem.jud. 16, 349.

113 Vgl. BGE 79 II 264; 60 II 225 (DV); 57 II 130 (nicht üblich, Kinder beim Pfeil-und-Bogen-Spiel zu überwachen); ebenso ZR 56 Nr. 93 S. 155 und SJZ 52, 113 Nr. 56; BGE 48 II 426; 41 II 421; 39 II 743; 24 II 836 (nicht üblich, Kinder in die Schule zu begleiten); ebenso SJZ 65, 242 Nr. 128 und ZBJV 88, 487 (DV); weitere Entscheide hinten S. 59; SJZ 43, 190 Nr. 86; 42, 203 Nr. 80; ZBJV 75, 89; 54, 32; Sem.jud. 20, 793; 14, 58; BJM 1969, 28; HE 8, 189.

114 Was auf dem Lande, in der Stadt, in Gebirgsgegenden üblich ist. Ausser den oben erwähnten Entscheiden vgl. die vorne S. 54 FN 85 ff. zitierten.

115 Vgl. auch hinten S. 58.

116 Zu mild allerdings BGE 41 II 421/422; SJZ 42, 203 Nr. 80; ZR 56 Nr. 93 S. 155/156.

Wir denken hier z.B. an die Strassenverkehrsvorschriften, wie

- Art. 19 I SVG, wonach Kinder im vorschulpflichtigen Alter nicht radfahren dürfen¹¹⁷,
- Art. 42 I VRV, wonach sie die Pedale sitzend treten können müssen¹¹⁸,
- Art. 18 I lit. a BRB vom 27. August 1969 über administrative Ausführungsbestimmungen zum SVG, wonach Motorfahräder erst vom 14. Altersjahr an geführt werden dürfen,
- Art. 50 I VRV, wonach Spiele auf der Fahrbahn untersagt sind, ausgenommen auf verkehrsarmen Strassen in Wohngebieten, und dieses Verbot nicht für die Benützung von Skiern, Kinderrädern u. dgl. als Verkehrsmittel gilt¹¹⁹, und
- Art. 50 II VRV, wonach Spiele auf dem Trottoir erlaubt sind, aber nur, wenn die Fussgänger und der Verkehr nicht behindert werden¹¹⁹.

Es gilt, was bereits beim Verschulden ausgeführt wurde: Die Verletzung oder Befolgung ist als Indiz für das Vorhandensein oder Fehlen einer Sorgfaltspflichtverletzung zu werten¹²⁰.

Aus dem Eintritt des Schadens zwangsläufig auf mangelnde Beaufsichtigung zu schliessen, geht nicht an¹²¹.

Die Beaufsichtigungspflicht findet vernünftigerweise ihre *Grenzen*, indem man die *Erfordernisse* (Notwendigkeiten, *Gepflogenheiten*) des *täglichen Lebens* berücksichtigt¹²². Es sind keine Anforderungen zu stellen, die mit der Wirklichkeit nicht vereinbar sind¹²³. Kinder sind mit Rücksicht auf ihre geistige, charakterliche und körperliche Entwicklung nicht allzusehr in ihrer Bewegungsfreiheit zu hemmen¹²⁴. Sonst kann sich bei ihnen ein eigenes Verantwortungsbewusstsein schwerlich entfalten¹²⁵. Von einer ständigen Überwachung kann normalerweise nicht die Rede

117 Vgl. BGE 67 II 54; zu dieser und den folgenden Vorschriften vgl. auch Fischer 11 f.

118 In BGE 67 II 55 (ZBJV 78, 530) und BGE 49 II 445 wird dem Vater angelastet, dass der Sohn mit einem zu grossen Rad herumfährt.

119 In ZBJV 88, 487 (DV) wird ausgeführt, dass es, obwohl im Kanton Bern damals der Gebrauch von Trotinetts auf öffentlichen Strassen im Gegensatz zu Zürich nicht verboten war, ein Fehler der Eltern ist, ihren 7jährigen Sohn auf der Strasse spielen zu lassen. Es bedeutet nur kein Verschulden der Eltern, wenn das Kind fähig ist, dieses "Transportmittel" ohne Gefahr für den Verkehr zu benützen. Vgl. auch Sem.jud. 49, 604, 606 bezüglich eines 6jährigen mit Dreirad; BGE 58 II 35/36 (DV) bezüglich 7 1/2- und 4 1/2-jährigen mit Trotinetts.

Auch das Rollbrettfahren fällt unter diese Bestimmung. Vgl. NZZ vom 17. August 1977 Nr. 191 S. 37.

120 Vgl. vorne S. 36; Oftinger II/1 282, 46/47 und die oben zit. Entscheide.

121 Vgl. Keller 115; v. Wattenwyl 96.

122 Vgl. u.a. BGE 57 II 133; 43 II 212; 33 II 598; SJZ 65, 242 Nr. 128; 42, 203 Nr. 80; ZBJV 88, 487/488 (DV); Sem.jud. 99, 230, 233.

123 BGE 52 II 329.

124 BGE 100 II 303; 95 II 259 (DV); SJZ 44, 109 Nr. 35; 43, 189 Nr. 86; ZR 56 Nr. 93 S. 156.

125 BJM 1969, 27.

sein¹²⁶. Von den Eltern ist beispielsweise nicht zu verlangen, ihre Kinder auf dem Schulweg zu begleiten¹²⁷.

Von einem gewissen Alter an (ab ca. 6/7 Jahren) darf Kindern eine grössere Selbständigkeit eingeräumt werden; sie dürfen alleine zum Spielplatz und zum Einkaufsladen gehen. Normale sportliche Betätigung sowie Spiele mit Kameraden an einem geeigneten Ort im Freien erscheinen als zulässig¹²⁸.

Genügend ist, wenn die Eltern allgemein und während vernünftiger Zeiträume den Überblick über den Verbleib und das Treiben ihrer Kinder behalten, wenn diese beim Fortgehen um Erlaubnis fragen und ihren ungefähren Aufenthaltsort angeben usw.¹²⁹.

Jede Schadenstiftung lässt sich nicht zum vorneherein ausschliessen. Mit einem gewissen Mangel an Vorsicht ist bei Kindern stets zu rechnen, ohne dass man deswegen die Aufsichtspflicht überspannen darf¹³⁰. Man kann von den Eltern nicht verlangen, dass sie, von einer übertriebenen Furcht getrieben, jeden möglichen und denkbaren Unfall zu verhüten suchen¹³¹. Die Eltern dürfen nicht für den Erfolg ihrer Erziehung verantwortlich gemacht werden, sondern nur dafür, dass sie bei dieser dasjenige getan haben, was zur Vermeidung der Schädigung Dritter billigerweise von ihnen verlangt werden darf¹³². Streitereien unter Kindern können immer ausbrechen¹³³. Dass sie leider (auch heute noch) oft auf die Strasse als Spielplatz angewiesen sind und sich auf dem Lande in Scheunen u. dgl. herumtreiben, wurde bereits erwähnt¹³⁴.

Wie wir gesehen haben, stellt die Praxis nicht allzu strenge Anforderungen an die Aufsichtspflicht. Die Gerichte befreien das Familienhaupt sehr oft von seiner Haftung. Mehrmals wird *milde Beurteilung* hervorgehoben (im Gegensatz zur strengen Beurteilung nach Art. 55 OR)¹³⁵.

126 BGE 100 II 303; 95 II 259/260 (DV); 79 II 264 ff.; 67 II 55; 63 II 62 (DV); 62 II 74; 52 II 329; SJZ 44, 109 Nr. 35; 42, 203 Nr. 80; ZBJV 82, 181; 75, 89; BJM 1973, 292; ZR 56 Nr. 93 S. 156; Sem.jud. 99, 234. Etwas anderes gilt bei Kleinkindern oder wenn die Wesensart des Kindes dazu Anlass gibt. Vgl. vorne S. 52 f.

127 Vgl. BGE 89 II 61 (DV); 35 II 187 (DV); 33 II 598; 24 II 836; SJZ 65, 242 Nr. 128; ZBJV 88, 487 (DV); ZR 11 Nr. 125 S. 203; HE 7, 75; vgl. auch Bussy N 20; dies kann schon für den Kindergarten gelten: BGE 95 II 260 (DV).

128 Vgl. BGE 33 II 598; 43 II 212; SJZ 65, 242 Nr. 128; 44, 109 Nr. 35; ZR 11 Nr. 125 S. 203; BJM 1969, 27. Gelegentlich werden diese Freiheiten schon kleineren Kindern zugestanden. Vgl. BGE 95 II 260 (DV): 4 3/4-jähriges Kindergartenkind, dem erst noch 3-jähriges Brüderchen anvertraut ist, darf draussen spielen; U des Bezirksgerichts Arlesheim vom 18. August 1972: 4 1/2-jähriger darf in Wohnsiedlung mit freizügiger Umgebung unbeaufsichtigt mit anderen Kindern spielen. Vgl. jedoch auch vorne S. 52.

129 Vgl. Otfinger II/1 275/276; ZBJV 75, 89.

130 Vgl. BGE 57 II 133; SJZ 52, 113 Nr. 56; 42, 203 Nr. 80; ZBJV 88, 487/488 (DV).

131 Vgl. BGE 62 II 75; Sem.jud. 99, 234; ZBJV 75, 89 = SJZ 36, 172 Nr. 123.

132 BGE 38 II 475.

133 Vgl. BGE 79 II 265/266; Sem.jud. 99, 234.

134 Vgl. vorne S. 54.

135 Vgl. BGE 52 II 329; 49 II 444; BJM 1969, 27; von streng spricht dagegen SJZ 65, 242 Nr. 128; zu Art. 55 OR vgl. hinten S. 75 ff. Vgl. auch Voraussehbarkeit S. 55/56; das Übliche S. 57; Grenzen der Aufsichtspflicht S. 58. Petitpierre 75a/76a; Des Gouttes/Gautier 164; Papa 101 begrüsst die milde Praxis des Bundesgerichts.

Tatbestände bei Kindern werden oft wegen der konkreten Situation nachsichtig bewertet. Zum Teil sind jedoch die Urteilerwägungen widersprüchlich¹³⁶. Nicht immer ist milden Urteilen zuzustimmen, insbesondere dann nicht, wenn Kinder mit gefährlichen Waffen u. dgl. hantieren – hier zeigt sich immerhin in der jüngsten Praxis des Bundesgerichts eine Verschärfung an¹³⁷ – oder wenn die Aufsicht kleiner Kinder in Frage steht¹³⁸.

Trotz milder Beurteilung stösst das Recht in der Regel mit modernen Erziehungslehren zusammen, wie z.B. der antiautoritären Erziehung. Diese will dem Kind in seinem Betätigungsdrang keine Grenzen setzen, keinen Gehorsam und keine Fremdisziplin erzwingen; denn zum selbständigen Individuum könne nur derjenige heranwachsen, dem sozusagen alles erlaubt sei. Als richtig gilt, was aus eigenem Antrieb geschieht. Das Haftpflichtrecht trägt derartigen, zum Teil bereits wieder überwundenen Anschauungen zutreffenderweise keine Rechnung.

Da die Haftung nach Art. 333 ZGB eine Kausalhaftung darstellt, hat das Familienhaupt auch für das Verhalten seiner *Hilfspersonen* einzustehen, denen es seine Obliegenheiten überträgt¹³⁹. Als Hilfsperson treten z.B. auf: die Mutter (vorläufig noch¹⁴⁰), eine Grossmutter, Tante oder Bekannte, ein Bruder des Schädigers, ferner Angestellte des Familienhaupts, wie ein Kindermädchen oder Lehrer bei Internaten usw. Wenn eine solche Hilfsperson die soeben dargelegten Sorgfaltspflichten missachtet, hat das Familienhaupt dafür einzustehen; gegenteils kann es sich befreien, wenn die Hilfsperson den Sorgfaltspflichten nachgekommen ist.

Wird – nach überholter Betrachtungsweise – die Familienhauptaftung als Verschuldenshaftung qualifiziert, befreit naturgemäss das nachgewiesene Fehlen eines Verschuldens, so genügen sorgfältige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfsperson¹⁴¹.

Es folgen einige Entscheide, die ausdrücklich auf die Frage des Einstehens für Hilfspersonen Bezug nehmen¹⁴²:

– BGE 103 II 30 ff.

Für das Verschulden der Mutter und des Bruders des Delinquenten als Hilfspersonen des Vaters hat dieser einzustehen.

136 Z.B. hinsichtlich Waffen, Pfeil und Bogen. Vgl. dazu Oftinger II/1 269/270 FN 157; BGE 103 II 27/28; 100 II 302; vorne S. 54/55 und hinten S. 61 ff.

137 BGE 103 II 27 ff.; 100 II 301 ff.

138 Z.B. BGE 41 II 420 ff. und SJZ 32, 248 Nr. 173 als zu mild befunden (vgl. auch vorne S. 52 und 57); auch Pfeil- und Bogen-Entscheide bis zur jüngsten Praxisänderung des Bundesgerichts, hinten S. 64 f.

139 Vgl. Oftinger II/1 278/279; Egger, Art. 333 N 14; Stark 56; v. Wattenwyl 97.

140 Vgl. vorne S. 48.

141 Vgl. Brehm 6; Silbernagel, Art. 333 N 11; Papa 153/154; v. Wattenwyl 92; Frey 155; Labhart 42/43 lässt, obwohl er sich zur Kausalhaftung bekennt, Befreiung eintreten bei sorgfältiger Auswahl und Anweisung.

142 Vgl. ferner Sem.jud. 85, 388, 390; 49, 606; 14, 315.

– BGE 70 II 138

Unter dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung hat der Vater nicht für die Fehler der Mutter einzustehen. Er haftet nur, wenn er vor der Abreise in den Militärdienst keine Instruktionen gegeben hat ..., wozu er jedoch i.c. keine Veranlassung gehabt hat (alte Praxis).

– BGE 79 II 263/264

Die Ordensschwester wird als Organ der juristischen Person angesehen, deren Verhalten der juristischen Person zugerechnet wird. Eigentlich handelt es sich bei der Schwester um eine Hilfsperson.

– SJZ 44, 109 Nr. 35

Die Mutter ist nicht Hilfsperson des Vaters. Ihre Pflichtverletzung darf nicht dem Vater zugerechnet werden.

Das geltende Recht kennt noch keine gemeinsame Hausgewalt von Vater und Mutter; folglich ist aber die Mutter als Hilfsperson des Vaters anzusehen, für deren Verhalten, nach heute massgebender Kausalhaftung, der Vater haftet.

– SJZ 41, 260 Nr. 117 = PKG 1943, 76

Mit der Anstellung einer zuverlässigen Aufsichtsperson (Erzieherin), die den Knaben im entscheidenden Augenblick nicht beaufsichtigt hat, hat der Beklagte alles getan, was ihm bezüglich der Beaufsichtigung seines Knaben vernünftigerweise zugemutet werden kann. Nach neuerer Rechtsprechung hat jedoch das Familienhaupt für die Unsorgfalt der Erzieherin – seiner Hilfsperson – einzustehen.

– ZR 56 Nr. 93 S. 156

Die Mutter ist nicht eingeklagt. Der Vater hat keine Veranlassung gehabt, ihr besondere Instruktionen bezüglich der Beaufsichtigung des Sohnes zu geben. Auch hier wäre jedoch unter dem Gesichtspunkt der Kausalhaftung dem Vater eine allfällige Sorgfaltsverletzung der Mutter – als seiner Hilfsperson – zuzurechnen.

bbb) Kasuistik

1. Waffen (und Sprengkörper)

BGE 100 II 300 ff.

Ein 15jähriger Knabe schießt mit seinem Freund in einer Kehrrechtdeponie mit dem *Luftgewehr* auf Ratten und trifft dabei einen anderen Knaben, weil die Kugel an einem harten Gegenstand abprallt.

Dass ein Luftgewehr bei unkorrekter Handhabung schwere Verletzungen bewirken kann, hat das Bundesgericht schon wiederholt festgestellt (vgl. BGE 57 II 564; 44 II 8; 41 II 419; 32 II 460). Die Frage, ob ein Luftgewehr angesichts seiner Gefährlichkeit überhaupt einem 15jährigen Knaben zum unbeaufsichtigten Gebrauch überlassen werden darf, wird offengelassen. (Vgl. dazu auch die früheren Entscheidungen: 43 II 146; 41 II 92; 32 II 461, wo diese Frage unterschiedlich beurteilt wird, wobei es sich jedoch nicht immer um dieselbe Waffe handelt.) Wird die Frage bejaht, "so ist doch immerhin für jedermann voraussehbar, dass schwere Unfälle entstehen können, wenn der Unmündige die Waffe nicht richtig handhabt". Um solche Unfälle zu verhüten, legt das Bundesgericht Gewicht auf die *notwendigen Anweisungen* über den Gebrauch der Waffe, *Aufklärung über die Gefährlichkeit der Waffe* und Massnahmen zur Verhütung von Unfällen.

Wenn ein Familienhaupt seinem Sohn ein Luftgewehr ohne oder mit ungenügender Instruktion überlässt, obwohl es weiss, dass der Jüngling sich mit der Waffe frei bewegt und in der jedermann zugänglichen Abfalldeponie auf Ratten schießt, so genügt es seiner Sorgfaltspflicht nicht. Aufklärungen und eindringliche Ermahnungen wären hier am Platze.

Der Umstand, dass in der Schweiz für 15jährige Knaben Kleinkaliberschliesskurse durchgeführt werden, entlastet den Beklagten nicht, ebenso wenig die Hinweise, dass andere Knaben mit ähnlichen Waffen in Kehrrechtdeponien ebenfalls auf Ratten schießen und im Bündnerland Jagd und Jagdleidenschaft weit verbreitet und im Volk noch tief verwurzelt sind. Auch der Umstand, dass sich der Unfall in einer Abfallgrube ereignet hat, hilft dem Beklagten nicht, ist doch dieser Platz jedermann zugänglich, so dass jederzeit mit dem unerwarteten Auftauchen Dritter gerechnet werden muss.

BGE 43 II 146/147

Dem Vater eines *15jährigen*, der beim Spielen mit einem *Luftgewehr* einen Kameraden ins Auge trifft, wird angelastet, dass er keine Aufsicht ausgeübt und keine Instruktionen gegeben hat. Anders BGE 41 II 92/93, wo aufgrund von Art. 41 OR entschieden wird.

BGE 32 II 461

Ein *15jähriger* trifft beim Schiessen mit einer sogenannten *Windbüchse* einen Knaben ins Auge. Obwohl der Vater den Sohn im Schiessen unterrichtet und der Sohn schon Kadettenübungen mitgemacht hat, kann sich der Vater nicht befreien, weil er ihm das Gewehr belassen, ihn nicht gewarnt und ihm das Schiessen während seiner Abwesenheit erlaubt hat.

BGE 79 II 353 ff.

Ein *15 1/2jähriger* entdeckt bei seinem Onkel einen *Revolver*. Beim Hantieren mit demselben tötet er einen Spielkameraden. Dem Onkel als Familienhaupt wird vor-

geworfen, nicht den Revolver oder wenigstens die Munition eingeschlossen zu haben.

BGE 44 II 9 ff.

Ein Pensionatsvorsteher kann sich in bezug auf einen *16jährigen* Jüngling, der beim Detektivspiel mit einer *Flobertpistole* auf einen Kameraden schießt, nicht befreien, weil er einem mehrmals ausgesprochenen Verbot, keine Feuerwaffen zu verwenden, keine Nachachtung verschafft hat; dies trotz des Einwandes, dass Knaben in diesem Alter bereits den militärischen Vorunterricht geniessen.

BGE 41 II 420 ff.

Das Bundesgericht bejaht die Berechtigung, einen *17jährigen* Burschen unkontrolliert mit einer *Flobertpistole* hantieren zu lassen, weil junge Leute dieses Alters bereits den militärischen Vorunterricht geniessen, wo ihnen Gewehr und Munition ausgehändigt werden, und weil es bei der in Betracht fallenden Bevölkerungsklasse in Berggegenden Übungsgemäss ist, jungen Leuten die Handhabung von Waffen anzuvertrauen (zu mild, Gegensatz zu BGE 44 II 9).

BGE 48 II 426 f.

Befreit wird ebenfalls das Familienhaupt eines *18 1/2jährigen*, da es dem geistig und körperlich normal entwickelten Jüngling die Waffe übergeben darf. Mangels Voraussehbarkeit einer Gefährdung entfällt die Pflicht zu besonderen Anweisungen oder Beaufsichtigung beim Schiessen.

BGE 57 II 564 ff.

Ein *13jähriger* Junge trifft beim Spielen mit einer *Zapfenpistole* (Schreckpistole) einen Kameraden ins Auge. Kein Verbot, die Zapfenpistole auf die Strasse mitzunehmen, kein Hinweis auf die Gefahr und keine sonstigen Instruktionen reichen dem Vater zum Vorwurf.

BGE 43 II 212/213

Die Haftpflicht des Vaters eines *6 3/4jährigen* Knaben wird verneint, weil den Vater kein Vorwurf trifft, seinen Sohn bei einer befreundeten Familie spielen zu lassen und er nicht wissen kann, dass der Knabe mit einem *Kindergewehrchen* des Kameraden hantieren werde.

SJZ 61, 160 f. Nr. 89

Ein Sohn holt *Sprengkapseln* aus der Garage seines Vaters, ein dritter Knabe bringt sie zur Explosion und verletzt sich. Die Haftpflicht des Familienhaupts ist gegeben, weil der Vater, obwohl seine Frau ihn auf das verdächtige Material aufmerksam ge-

macht hat, nicht nachgeschaut und die Sprengkapseln aus der Garage entfernt oder zumindest dem Zugriff von Kindern entzogen hat.

SJZ 50, 99 Nr. 38

Ein Vater verfertigt seinem 12jährigen Sohn eine *Armbrust*, womit dieser Schaden stiftet. Dem Vater wird angelastet, dem Sohn die Waffe ohne Aufsicht und Instruktionen überlassen zu haben.

U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Déléze

14 Jahre und 8 Monate alter Knabe trifft beim Kriegspiel mit einem Luftgewehr seinen Kameraden am Auge. Es wird keine Sorgfaltspflichtverletzung des Vaters, der den Sohn über die Gefahren des Schiessens belehrt und dieses verboten hat, angenommen. Es kann ihm nicht vorgeworfen werden, dass er den Sohn nicht am Spielen mit einer Waffe, die er sich vom Geschädigten beschafft hat, gehindert hat. Den Vater des 14jährigen, der sich am gefährlichen Spiel beteiligt hat, trifft gleichfalls kein Vorwurf. Er darf vom Waffenkauf nichts wissen (angesichts des Alters des Jungen). Keine Sorgfaltspflichtverletzung, dass er den Sohn nicht über die Gefahren aufgeklärt hat.

Vgl. ferner BGE 24 II 766 ff.; SJZ 25, 25 Nr. 23; 22, 153 Nr. 136; ZR 11 Nr. 125 S. 204; 2 Nr. 191 S. 229 f.; HE 8, 189; 4, 109; Sem.jud. 14, 315.

2. Pfeil und Bogen

Pfeile und Bogen sind wiederholt als *harmlose Spielzeuge* bezeichnet worden. Zu Recht ist das Bundesgericht in einem neuen Entscheid von dieser Meinung abgegangen. Pfeil und Bogen gehören zu den *Waffenspielzeugen*, die eine gewisse Gefährlichkeit aufweisen. Vgl. auch BGE 104 II 186.

BGE 103 II 27 ff.

Ein 7jähriger schießt den Pfeil in das Auge seines Kameraden. Das Bundesgericht schliesst sich mit diesem Entscheid der Gefahreneinschätzung, die seinerzeit das Zürcher Obergericht vorgenommen hat (vgl. nachfolgend), an. Weiss nämlich ein Familienhaupt oder seine Frau um das Bogenspiel oder sieht es dieses voraus, so braucht es die Kinder zwar nicht in jedem Falle dabei ständig unter Aufsicht zu behalten. Auf alle Fälle muss es sie aber auf die *Gefahren aufmerksam machen*, über die richtige Handhabung von Pfeil und Bogen unterrichten und ihnen streng untersagen, Schüsse abzugeben, solange jemand im Schussbereich weilt. Die Erfahrung, dass Kinder solche Anweisungen nicht selten in den Wind schlagen, dispensiert jedoch nicht von ihrer Erteilung. Nachdem in casu jede Einwirkung auf die Kinder unterlassen worden ist, ist der Sorgfaltspflicht nicht genügt worden.

BGE 57 II 129 ff.

Das Bundesgericht betrachtet Pfeil und Bogen als *harmlose Geräte*, welche ein Lebewesen nur verletzen können, wenn der Pfeil gerade ins Auge fliegt. Derartige *selbst angefertigte* Geräte können nicht als Waffen, sondern nur als Spielsachen angesehen werden (anders Armbrust: SJZ 50, 99 Nr. 38). Knaben im Alter von *8 Jahren* beim Spiel mit Pfeil und Bogen zu überwachen, ist nicht üblich, und dieser Ortsgebrauch stellt keine Unsitte dar, wenn die Spielgeräte harmlos sind. Mit einer gewissen Unvorsichtigkeit muss bei Kindern immer gerechnet werden.

SJZ 52, 113 Nr. 56 und ZR 56 Nr. 93 S. 155/156

folgen dieser Argumentation.

HE 4, 41

Nach diesem alten Entscheid des Obergerichts Zürich stellt ein Pfeilbogen, selbst wenn damit als Pfeile bloss kleine Hölzer ohne schneidende, scharfe Spitzen abgeschossen werden, keinesfalls ein ganz ungefährliches Spielzeug dar und darf daher einem Knaben von *7 Jahren* nur unter *gehöriger Aufsicht* überlassen werden.

3. Beile/Holzhacken

BGE 70 II 137 ff.

Ein *10jähriger* Knabe, der von seinen Eltern zum Holzhacken herangezogen wird, schlägt einem 3jährigen Mädchen, das ihn belästigt, mit dem Beil drei Finger ab. Die Haftpflicht des Vaters, der im Militärdienst weilt, wird abgelehnt. Er haftet nur für eigenes Verschulden, nicht für dasjenige der Mutter. Es handelt sich bloss darum zu wissen, ob er seine Pflichten in bezug auf die Erziehung des Knaben oder bezüglich Anordnungen vor seiner Abreise erfüllt hat. Der Vater hat jedoch keine Veranlassung gehabt, seiner Frau Anordnungen für eine spezielle Überwachung zu geben. Er darf dem Sohn die Axt überlassen, da er ihn bereits mit deren Handhabung vertraut gemacht hat.

BGE 62 II 74 ff.

Ein im *9. Altersjahr* stehendes Mädchen, das mit einem Beil Holz spaltet, verletzt einen *1 1/2jährigen* Knaben, der die Holzstücke hält. Eine Aufsicht ist dann nötig, wenn ein besonderer Grund zur Annahme besteht, dass das Kind durch sein Verhalten Dritten Schaden zufügen könnte (gefährliches Instrument, gefährlicher Charakter); keinen solchen Grund bilden normale Lebhaftigkeit des Kindes, Vorhandensein offener Scheunen u. dgl. mit der blossen Möglichkeit der Behändigung

gefährlicher Gegenstände. Es besteht keine Pflicht zur Warnung der Kinder vor Handlungen, welche vorauszusehen kein Anlass besteht.

BGE 33 II 598/599 (ZBJV 44, 186)

Das Bundesgericht urteilt hier anders. Der Mangel an Aufsicht wird darin gefunden, dass der Werkplatz mit allen Werkzeugen den Kindern (das geschädigte ist 7jährig; über das Alter des Schädigers ist nichts gesagt) offengestanden und diesen nicht verboten worden ist, die letzteren zu gebrauchen.

4. Velos, Motorräder, Dreiräder, Trottinets, Schlitten usw./Strassenverkehr¹⁴³

Sehr häufig kommen Kinder im Strassenverkehr selbst zu Schaden (vgl. z.B. BGE 89 II 61; 63 II 62; ZBJV 88, 487 f.). Es geht dann jeweils um das Drittverschulden der Eltern (siehe hinten S. 106). Im folgenden werden nur Fälle aufgezeigt, in denen Kinder Dritte schädigen.

Haftpflcht wird angenommen

BGE 49 II 443 ff.

13jähriger Knabe fährt einhändig (Paket in der anderen Hand) mit fremdem, zu grossem *Rad* und stösst mit einer Fussgängerin zusammen. Der Vater hat ihn nicht zu vorsichtigem Fahren ermahnt, nicht auf die Verkehrsvorschriften aufmerksam gemacht und ihn mit unpassendem Rad fahren lassen.

BGE 67 II 54/55

Dem Vater eines 12jährigen *Radfahrers*, der den Sturz eines überholenden Motorradfahrers verursacht, ist vorzuwerfen, dass er ihm nicht verboten hat, ein zu grosses Rad zu benutzen und ihm keine besonderen Instruktionen gegeben hat. Es wird noch festgehalten, dass grundsätzlich ein 12jähriger radfahren darf.

Sem.jud. 46, 47

Zwei Mädchen (eines 10 1/2jährig) auf einem *Fahrrad* bringen eine Fussgängerin zu Fall. Das Verbot, zu zweit aufs Rad zu steigen, wird nicht durchgesetzt.

¹⁴³ Vgl. auch Bussy N 36.

Sem.jud. 99, 234

Ein 13jähriger verletzt mit seinem Go-Kart einen 10jährigen Velofahrer. Das Familienhaupt hat den turbulenten und aggressiven Jungen nicht über die Gefahren des Fahrzeugs aufgeklärt.

Haftplicht wird verneint

BGE 52 II 328/329

Ein 19 1/4jähriger Motorradfahrer überfährt mit dem einem Dritten gehörenden Motorrad eine Fussgängerin. Der Vater darf den in diesem Alter stehenden Sohn, der (schon 2 Jahre früher) den polizeilichen Führerausweis erworben hat, motorradfahren lassen. Anders ZBJV 63, 85/86 = SJZ 23, 281 Nr. 225, da gefährlicher Hang zum Motorradfahren!

BGE 39 II 742 ff.

Ein 9jähriger Knabe löst die Bremse eines auf geneigter Strasse stehenden Autos, das in Fahrt gerät und beschädigt wird. Den Vater trifft kein Vorwurf, dass er dem Knaben erlaubt hat, allein vor dem elterlichen Haus zu spielen.

SJZ 43, 189/190 Nr. 86 = PKG 1944, 28/29

Ein 17jähriger schlittelt auf verbotener Strasse und stösst mit einer Frau zusammen. Der Vater darf den 17jährigen Sohn ohne Aufsicht schlitteln lassen.

Kleinere Kinder

Sem.jud. 85, 388, 390

3 1/2jähriger Knabe fährt auf Dreirad in die Fahrbahn eines Autos, wodurch dessen Fahrzeuglenkerin zum Ausweichen gezwungen wird und ein drittes parkiertes Auto beschädigt. Die Sorgfaltspflichtverletzung liegt darin, dass das Tor auf die Strasse nicht abgeschlossen und den Kindern nicht verboten worden ist, hinauszugehen.

SJZ 32, 248 Nr. 173

Ein Vater schickt sein 4 1/2jähriges Töchterlein beim Herannahen eines Lastautos vor sein Fuhrwerk auf die rechte Strassenseite; es springt in die Fahrbahn des Fahrzeugs, das beim Ausweichen beschädigt wird. Den Vater trifft kein Vorwurf, in der geschilderten Art gehandelt zu haben. Dieses Urteil des Aargauischen Obergerichts ist zu kritisieren, vgl. vorne S. 60 FN 138.

SJZ 42, 203 Nr. 80

Ein 4 1/2jähriger Knabe droht mit einem Steinwurf gegen ein daherkommendes Auto, dessen Lenker veranlasst wird, die Fahrt zu beschleunigen, wobei der Wagen in einen Strassengraben gerät. Die Sorgfalt ist nicht ausser acht gelassen, wenn der Knabe auf einer Dorfstrasse unbeaufsichtigt spielen darf und wegen früher betätigten Steinwerfens ermahnt und nötigenfalls bestraft worden ist (vgl. vorne S. 52 FN 68; 57 FN 116).

SJZ 41, 260 Nr. 117 = PKG 1943, 76

Ein 5jähriger Knabe stösst mit seinem *Kinderauto* auf dem Trottoir mit einem Fussgänger zusammen; die Erzieherin hat den Knaben für kurze Zeit nicht beaufsichtigt. Das Gericht befreit das Familienhaupt, denn mit der Einstellung einer zuverlässigen Aufsichtsperson kann ihm nichts mehr vorgeworfen werden (unrichtig, vgl. S. 61).

Sem.jud. 49, 606 = SJZ 24, 202 Nr. 188

Ein 6jähriger Knabe bringt mit einem *Kinderdreirad* eine ältere Fussgängerin zu Fall. Der Vater hat ihn über die Gefahren des Dreirads nicht belehrt und ohne Überwachung auf den belebten Strassen einer Stadt gelassen; deshalb wird er nicht befreit.

SVZ 13, 116

Ein 6jähriges Mädchen springt unversehens vom Vater, der das Kind nicht an der Hand führt, weg in die Fahrbahn einer Radfahrerin. Den Vater trifft kein Vorwurf, das Kind nicht an der Hand gehalten zu haben.

5. Brandstiftung

Sem.jud. 97, 102/103

Während der Zeit, da sein 10 1/2jähriger Sohn den Brand stiftet, kann der Vater wegen Abwesenheit keine effektive Aufsicht ausüben. Das Gericht geht von der Verschuldenshaftung aus und will das Familienhaupt nur haften lassen, wenn es ungenügende Instruktionen gegeben oder die Erziehung seines Sohnes vernachlässigt hat. Das Kind weist keinen gefährlichen Charakter auf; die Zündhölzer sind überdies versteckt worden. Eine Haftpflicht wird abgelehnt.

BJM 1973, 291/292

Ein 9jähriger Sohn entfacht einen Brand in einem Werkareal. Es fragt sich, ob besondere Umstände zu intensiver Überwachung vorgelegen haben. Der Beklagte

hat seinen Sohn über die Gefahren des Feuers unterrichtet und Sackkontrollen betreffend Zündhölzer durchgeführt. Eine ständige Überwachung ist nicht zumutbar, Stichproben sind genügend. Der Sorgfaltsbeweis gilt als erbracht.

SJZ 65, 242 Nr. 128

6 1/2-jähriger verursacht einen Brand. Die Eltern haben ihm keine Zündhölzer gestattet, er hat sie in einem anderen Haus behändigt. Da ein normaler Erstklässler draussen mit anderen Kindern spielen darf und die Eltern nicht die Angewohnheit haben, ihn frei herumschweifen zu lassen, besteht keine Haftung.

SJZ 44, 109 Nr. 35

Ein 7-jähriger raucht bei einer Heubarge in Inner-Arosa und steckt sie in Brand. Es besteht keine Haftung des Familienhaupts, da einem 7-jährigen, körperlich und geistig normal entwickelten Kind erlaubt werden darf, ins Freie zu gehen und nichts darauf hingedeutet hat, dass es etwas Gefährliches oder Verbotenes anstellen werde.

SJZ 16, 210 Nr. 128

Ein 5 1/2-jähriger zündet einen Heuhaufen an. Das Kind ist am Tag des Brandes zu wenig überwacht worden.

6. Andere Fälle

BJM 1969, 27/28

Drei 11–15-jährige Knaben lassen einen *Drachen* steigen. Weil die Schnur infolge Absturzes des Drachens gespannt über die Strasse zu liegen kommt, stürzt ein Mopedfahrer. Es ist den Eltern nicht zuzumuten, normale Kinder im Alter der erwähnten Knaben beim ungefährlichen Drachenspiel auf der Schulhauswiese zu überwachen.

BGE 79 II 264 ff.

Ein 8-jähriger, in einer Ferienkolonie weilender Knabe gerät in Streit mit einem Kameraden und trifft ihn mit einem *Ast* ins Auge. Der Ordensschwester kann nicht vorgeworfen werden, dass sie die Gruppe von Kindern auf ihrem Spaziergang für kurze Zeit allein gelassen hat.

Weitere Fälle

ZBJV 75, 88/89 = SJZ 36, 172 Nr. 123

ZBJV 82, 181 f.

Stecken

Scheit

BGE 38 II 474/475	Steinwurf
Sem.jud. 16, 348/349	Steinwurf
BGE 24 II 835 ff.	Steinschleuder
Sem.jud. 14, 58 f.	Steinschleuder
HE 7, 75	Marmeln/Scheibe eingeschlagen
SJZ 19, 65 Nr. 42	Lampe zerschlagen
BGE 24 II 433	Messer
ZBJV 54, 32/33	Taschenmesser
ZBJV 52, 262/263 = SJZ 13, 108 Nr. 84	Messerstecherei in Wirtschaft
SJZ 6, 75 Nr. 24	Erschrecken

bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt

Obwohl in Art. 333 ZGB der Nachsatz des Art. 55 OR, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre, nicht steht, gilt, dass die Unsorgfalt für den Schaden kausal sein muss, wobei die Kausalität der Unsorgfalt vermutet wird¹⁴⁴.

Die folgenden Urteile beziehen sich darauf:

BGE 100 II 304 (Sachverhalt S. 61)

Der letzte Einwand betrifft die fehlende Kausalität der unterlassenen Aufklärung für den Schaden. Der Sohn habe nicht in die Richtung der Kinder gezielt, und ein Geschoss könne auch bei bester und sorgfältigster Instruktion abprallen. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass zur Aufklärung über die Gefahren des Schiessens auch der Hinweis auf die Gefährdung durch mögliche Prellschüsse gehöre. Die Unterlassung der Mahnung, nie auf ein Ziel in der Nähe von Personen zu schiessen, weil diese durch Splitter und Querschläger verletzt werden können, ist für den Unfall kausal¹⁴⁵.

BGE 57 II 130/131

Die Frage, ob das Familienhaupt nicht gehalten sei, das Zielen auf Menschen ausdrücklich zu verbieten, kann dahingestellt bleiben, denn auch wenn dem Familienhaupt wegen dieser Unterlassung eine Unsorgfalt vorzuwerfen wäre, so wäre diese nicht kausal für den Schaden. Dieser ist auf die eigene Unvorsichtigkeit des Geschädigten, der seinen Kopf in die Nähe des Pfeiles gebracht hat, zurückzuführen.

Grosses Selbstverschulden auch in BGE 39 II 744.

¹⁴⁴ Vgl. dazu Oftinger II/1 266; Egger, Art. 333 N 22; Brehm 8; Schwander 23; Petitpierre 76a; Frey 87 ff.; Papa 87 ff.; Labhart 54, 57 f.

¹⁴⁵ Vgl. dazu auch Merz, ZBJV 112, 67/68, der die Abprallgefahr als gering erachtet.

BGE 70 II 139 (Sachverhalt S. 65)

Man muss im übrigen annehmen, dass entsprechende Anweisungen den Unfall nicht verhindert hätten, weil Kinder immer mehr oder weniger streitsüchtig sind und sich der Knabe nicht an die Ermahnungen seines Vaters erinnert und gehalten hätte. Selbst wenn der Vater bei dieser Unterlassung ein Verschulden begangen hätte, wäre dieses für den Unfall nicht kausal.

Anders BGE 103 II 28

Die Erfahrung, dass Kinder solche Anweisungen nicht selten in den Wind schlagen, dispensiert jedoch nicht von ihrer Erteilung.

ZBJV 54, 31 ff.

Ein Knabe verletzt Kameraden am Auge, weil ihm beim Spitzen eines Pfeiles das Taschenmesser ausgelitet.

Die allfällige Sorgfaltspflichtverletzung, dem charakterlich schwierigen Knaben ein Taschenmesser zu belassen, wäre nicht kausal für den Schaden, weil dieser durch Zufall entstanden ist und auch bei einem charakterlich einwandfreien Knaben eingetreten wäre.

Vgl. ferner SJZ 61, 161 Nr. 89.

Dieser Befreiungsgrund bedarf eigentlich keiner separaten Betrachtung, weil er in der Praxis regelmässig bei der Sorgfaltspflicht geprüft wird¹⁴⁶.

C. Geschäftsherr (Art. 55 I OR)

1. Anwendbarkeit der Bestimmung

Art. 55 I OR als allgemeine Norm der Haftung für Hilfspersonen ist immer dann anwendbar, wenn keine andere Kausalhaftung, die für ihren Bereich das Entstehen für Hilfspersonen erfasst, zutrifft. Ist z.B. ein Kind als Hilfsperson eines Motorfahrzeughalters, eines Tierhalters, Werkeigentümers usw. tätig, dann ist, wenn die jeweiligen Haftpflichtvoraussetzungen erfüllt sind, die entsprechende Norm ausschliesslich heranzuziehen¹⁴⁷. Hat z.B. die Hilfsperson eines Familienhauptes, die mit der Aufsicht über den Hausgenossen betraut wird, diese unsorgfältig ausgeübt, so haftet das Familienhaupt nach Art. 333 ZGB und nicht nach Art. 55 OR. Anders liegt der

¹⁴⁶ Näheres dazu bei der Geschäftsherrenhaftung S. 78 f. Vgl. auch S. 53 FN 82.

¹⁴⁷ Vgl. dazu Oftinger II/1 102 f. und Zitate; Keller 120; Deschenaux/Tercier 96; Portmann 60/61; Nater 6. In der Praxis wird jedoch bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen meist konkurrierende Anwendung bejaht. Vgl. z.B. BGE 67 II 27/28; ferner 77 II 44/45; weitere zit. bei Oftinger a.a.O.

Fall, wenn der eigentliche Schädiger Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR und zugleich Hausgenosse im Sinne von Art. 333 ZGB ist: Der Geschädigte kann sich konkurrierend auf jede der beiden Vorschriften berufen¹⁴⁸.

2. Subordinationsverhältnis zwischen Hilfsperson und Geschäftsherrn

Der Geschäftsherr ist das Haftpflichtsubjekt gemäss Art. 55 OR. Der Begriff des Geschäftsherrn kann nicht für sich allein bestimmt werden; er hängt mit demjenigen der Hilfsperson zusammen. Von Belang ist das Verhältnis zwischen diesen beiden Personen.

Nach Oftinger¹⁴⁹ genügt es, "wenn eine irgendwie beschaffene, dauernde oder vorübergehende, Beziehung zwischen zwei Personen vorliegt, die es der einen, dem Geschäftsherrn, erlaubt, sich der andern, der Hilfsperson, für ihre Zwecke zu bedienen, wobei die zweite Person der ersteren untergeordnet ist"¹⁵⁰. Das Moment der *Unterordnung* ist das entscheidende Charakteristikum für die Beziehung. Die Hilfsperson hat der Weisungsgewalt und dem Aufsichtsrecht des Geschäftsherrn zu unterstehen, sei es direkt oder indirekt über den hierarchischen Weg¹⁵¹, denn der Geschäftsherr muss in der Lage sein, der Sorgfaltspflicht zu genügen, welche im wesentlichen in der Unterweisung und Überwachung besteht. Für die Begriffsbestimmung ist ein materielles Kriterium massgebend¹⁵².

Es liegt eine Beziehung eigener Art vor. Auf die rechtliche Qualifikation des Grundverhältnisses kommt es nicht an (meistens ist es ein Arbeitsvertrag; es fallen aber ferner andere Vertragsarten, ein familienrechtliches Grundverhältnis oder ein bloss tatsächliches Verhältnis in Betracht)¹⁵³. Auch Hausgenossen können als Hilfspersonen im Interesse des Geschäftsherrn tätig sein¹⁵⁴. Bereits die Verwendung eines Kindes zu einem Botengang zieht unter Umständen die Haftung nach Art. 55 OR nach sich¹⁵⁵. Bloss vorübergehende Inanspruchnahme genügt demnach.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Begriffe "Geschäftsherr"/"Hilfsperson" sehr *weit* ausgelegt werden. Trefflich belegt dies ein älterer BGE¹⁵⁶, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt:

148 Vgl. vorne S. 46.

149 II/1 132.

150 Vgl. ferner Portmann 63 ff. und Zitate; Deschenaux/Tercier 99/100; Engel 360; v. Tuhr/Peter 445; v. Büren 252/253; Entscheide bei Oftinger II/1 132 FN 153 und den zit. Autoren.

151 Vgl. dazu Oftinger II/1 139/140; Deschenaux/Tercier 100 f.; Nater 15, 25 ff., 39, 46/47; SJZ 67, 179 Nr. 81.

152 Vgl. auch Gayler 79 ff.

153 Vgl. Oftinger II/1 133 ff. und die in FN 150 zit. Autoren.

154 Vgl. Portmann 64 und Zitate. Es können gleichzeitig die Voraussetzungen von Art. 333 ZGB erfüllt sein. Vgl. oben.

155 Vgl. v. Büren 253.

156 41 II 496 ff.

Ein 18jähriger Mechanikerlehrling wird vom Inhaber der Garage, bei der er angestellt ist, einem Kunden als Chauffeur zur Verfügung gestellt. Dieser Kunde als Autohalter ist der Geschäftsherr des Lehrlings. (Heute wäre der Tatbestand nach SVG zu beurteilen.)

Das Bundesgericht führt aus: "Der gesetzliche Ausdruck 'Geschäftsherr' umfasst nicht nur die einem Geschäftsbetriebe (in Handel, Industrie und Gewerbe) vorstehenden Personen ... In dem das Gesetz vom 'Geschäftsherrn' spricht, will es nicht sowohl die Tätigkeit, die zu einer Haftbarkeit aus Art. 55 Anlass geben kann, besonders qualifizieren und von andern abgrenzen, sondern den Haftbaren in der Person dessen bezeichnen, für den als 'Geschäftsherrn' und auf dessen Betreiben ein bestimmtes 'Geschäft' besorgt wird ... Diese weitere Auslegung des Ausdruckes 'Geschäftsherr' entspricht ebenso gut, wie die engere, einer seiner Wortbedeutungen und sie wird auch dadurch gestützt, dass nun Art. 55 (anders als der Art. 62 aOR) neben den 'geschäftlichen' auch 'dienstliche' Verrichtungen als solche erwähnt, aus denen sich eine Haftung ergeben kann und dass sein französischer Text an Stelle der Wendung 'maître ou patron' des Art. 62 aOR den allgemeinen Ausdruck 'employeur' enthält. Entscheidend aber ist, dass die genannte Auslegung allein dem gesetzgeberischen Zwecke und den praktischen Bedürfnissen zu genügen vermag.

Der Gedanke, den der Art. 55 OR im Rechtsleben zur Geltung bringen will, besteht darin, dass, wer eine Besorgung zu seinem Nutzen durch einen andern verrichten lässt, (...) auch das Risiko für den Schaden tragen soll, der Dritten aus der Verrichtung durch die Hilfsperson erwächst. Hiernach kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob die Verrichtung zur Ausübung beruflicher Tätigkeit, namentlich solcher des Handels oder Gewerbes gehöre, oder ob sie sonstigen, namentlich häuslichen oder gesellschaftlichen Zwecken diene."

Zum Begriff des "Angestellten"¹⁵⁷ führt das Bundesgericht aus: "Erforderlich ist nicht, dass formell ein wirklicher Dienstvertrag zwischen Geschäftsherrn und 'Angestelltem' bestehe, sondern nur, dass die Verrichtung nach aussen als das Geschäft jenes, als auf seinem Willen und seinen Weisungen beruhend und unter seiner Aufsicht erfolgend, sich darstellt und der dabei durch den Ausführenden verursachte Schaden als mittelbar von ihm veranlasst erscheint. Auf diese tatsächliche Beschaffenheit und Wirkung der Verrichtung im Verhältnis nach aussen, gegenüber dem durch sie Geschädigten, kommt es an, nicht darauf, auf Grund welcher Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsherrn und Angestelltem sie sich vollzieht."

In dieser Arbeit interessieren vor allem die jugendlichen Hilfspersonen. Es ist jedoch nicht ausser acht zu lassen, dass auch eine andere Hilfsperson für einen von einem Kinde verursachten Schaden die Haftpflicht des Geschäftsherrn zu begründen vermag, z.B. ein Lehrer an einer externen Privatschule als Hilfsperson des Inhabers der Schule.

Als Hilfsperson tritt das Kind vor allem als Lehrling, allgemein als jugendlicher Arbeitnehmer, als Bote, Ausläufer usw. in Erscheinung¹⁵⁸. Eine untere Altersgrenze ist gesetzt: Man muss sich überhaupt noch des Kindes als Hilfsperson bedienen können¹⁵⁹.

Ein Teilnehmer eines privaten Lagers kann z.B. als Hilfsperson eines Leiters (Geschäftsherrn) wirken. Unter Umständen ist der Leiter (insbesondere der jugendliche, wie z.B. ein Pfadfinderführer) nicht Geschäftsherr, sondern seinerseits Hilfsperson des Veranstalters. Es bleibt aber stets im Einzelfall abzuklären, ob und zwi-

157 Seit 1972 heisst es in Art. 55 OR nicht mehr "für den Schaden, den seine Angestellten oder Arbeiter ...", sondern "für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen ...".

158 Vgl. etwa BGE 37 II 434; ZBJV 76, 30.

159 Oftinger II/1 144; hinten S. 76.

schen wem die Beziehungen Hilfsperson/Geschäftsherr gegeben sind¹⁶⁰. Der Geschäftsherr muss sich nämlich der Hilfsperson für seine Zwecke bedienen.

Ob zwischen einem Sportclub und seinen jugendlichen Mitgliedern das Verhältnis Geschäftsherr/Hilfsperson gegeben sei, ist fraglich¹⁶¹.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass auch eine Mehrheit von Personen oder eine juristische Person Geschäftsherr sein kann¹⁶². Eine juristische Person des öffentlichen Rechts haftet jedoch nur nach Art. 55 OR bei Ausübung einer gewerblichen Verrichtung: Handelt es sich um eine hoheitliche Tätigkeit (z.B. öffentliches Schulwesen), dann ist öffentliches Recht anwendbar¹⁶³. Auf weitere Einzelfragen ist hier nicht einzugehen.

3. Schadensverursachung durch die Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung

Für diese Voraussetzungen ist der Geschädigte beweispflichtig.

Das Kind als Hilfsperson muss sich widerrechtlich¹⁶⁴ verhalten und den Schaden adäquat verursacht¹⁶⁵ haben. Nicht erforderlich ist jedoch schuldhaftes Handeln¹⁶⁶.

Der Geschäftsherr ist nur verantwortlich, wenn der Schaden in Ausübung geschäftlicher Verrichtung, nicht bloss bei Gelegenheit derselben, verursacht worden ist. Es braucht einen inneren (funktionellen), nicht bloss räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang zwischen der Schädigung und der aufgetragenen Verrichtung. Die Rechtsprechung hat hier weit interpretiert. Dies ist nicht nur der Fall, wenn der Schaden durch unrichtige Vornahme der Arbeit herbeigeführt wird, sondern auch, wenn die Hilfsperson aus eigener Initiative ihre Befugnisse erweitert, sofern noch ein Zusammenhang mit den Zwecken des Geschäftsherrn besteht. Wenn hingegen die schädigende Handlung der eigenen Initiative der Hilfsperson entstammt und nur seinen, nicht den Interessen des Geschäftsherrn, dient (z.B. ein Diebstahl durch einen Arbeitnehmer), so haftet der Geschäftsherr nicht¹⁶⁷.

160 Näheres dazu bei Frank 79 ff., 104 ff.; vgl. auch Stiffler 92. Ist der Führer Organ, dann steht er auf der Geschäftsherrenseite. Zur Abgrenzung Oftinger II/1 103 ff.; Portmann.

161 Vgl. dazu auch Oftinger II/1 137/138.

162 Vgl. Oftinger II/1 141/142; Portmann 63.

163 Vgl. Oftinger II/1 115 ff. und Zitate.

164 BGE 88 II 135.

165 Vgl. BGE 95 II 97 und Zitate; 37 II 434; ZBJV 76, 30.

166 Vgl. Oftinger II/1 148 und Zitate; Portmann 68; Guhl/Merz/Kummer 190; Engel 361; Keller 119; Deschenaux/Tercier 101; Homberger 7a; Nater 14; BGE 97 II 223; 95 II 97; 88 II 135; a.M. v. Büren 254/255.

167 Näheres dazu bei Oftinger II/1 144 ff. mit Zitaten; Deschenaux/Tercier 102; Keller 122/123; v. Büren 254; Gayler 96 ff.; Nater 16 f.

Eine geschäftliche Verrichtung wird z.B. bejaht, wenn eine jugendliche Hilfsperson (Lehrling, Hausbursche) mit dem Velo Besorgungen für ihren Geschäftsherrn erledigt und dabei einen Unfall verursacht¹⁶⁸.

4. Keine Befreiung

a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund

Die Haftung entfällt, wenn ein allgemeiner Entlastungsgrund – höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden – gegeben ist¹⁶⁹.

b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund

aa) Sorgfaltsnachweis

aaa) Grundsätze

Gemäss Art. 55 I OR kann sich der Geschäftsherr befreien, wenn er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht wird präsumiert: Der Geschäftsherr trägt die Beweislast dafür, dass er die geforderte Sorgfalt aufgewendet hat¹⁷⁰.

Es handelt sich um ein *objektiv* umschriebenes Mass von Sorgfalt – die subjektive Entschuldbarkeit nutzt nichts –, das *konkret*, nach den Umständen des Einzelfalles, zu beurteilen ist¹⁷¹. Die Sorgfalt hat nach Oftinger¹⁷² um so grösser zu sein, "je wichtiger oder gefährlicher die der Hilfsperson übertragene Arbeit ist". Der fragliche Umstand, auf den sich die Sorgfalt bezieht, muss kausal sein. Der Geschäftsherr hat alles zu tun, um den voraussehbaren Schaden zu vermeiden.

Es gilt, was bereits bei der Familienhaupthaftung dargelegt worden ist: Das allgemein Übliche genügt nicht von vorneherein, ebenso wenig behördliche Genehmi-

168 Vgl. ZBJV 76, 30; SJZ 28, 183 Nr. 171: Der Unfall hat sich während der Arbeitszeit, anlässlich der Besorgung einer geschäftlichen Kommission, ereignet.

Vgl. ferner ZBJV 90, 327/328: Eine geschäftliche Verrichtung ist gegeben, wenn ein Malerlehrling, der für seinen Geschäftsherrn mit dem Velo Möbel transportiert, einen Unfall verursacht.

169 Vgl. Oftinger II/1 149 und Zitate; BGE 97 II 221, 224 ff.

170 Vgl. Oftinger II/1 150; BGE 97 II 224.

171 Vgl. Oftinger II/1 157 ff. und Zitate: Deschenaux/Tercier 103; Nater 23 ff.; BGE 90 II 90 und dort zit. BGE.

172 II/1 158.

gung von Massnahmen, das Einhalten technischer und polizeilicher Vorschriften usw.¹⁷³.

Im Gegensatz zur Familienhaupthaftung pflegt die Praxis bei der Geschäftsherrenhaftung einen *strengen* Massstab anzuwenden¹⁷⁴. Im Prinzip gilt jedoch das gleiche wie bei der Familienhaupthaftung.

Der Schaden allein spricht nicht an sich schon für Unsorgfalt. Auch hier sind vernünftige Grenzen zu ziehen und ist das Kriterium der Zumutbarkeit zu berücksichtigen¹⁷⁵.

Die Praxis verlangt vom Geschäftsherrn im einzelnen: die sogenannte *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo*¹⁷⁶.

Bei *Kindern* ist alle Aufmerksamkeit bei der *Auswahl* angezeigt, hat doch das Kind nach Wissen, Können, Zuverlässigkeit usw. in der Lage zu sein, die fragliche Tätigkeit auszuführen. Es sind je nachdem Zeugnisse einzufordern, eine Probezeit, Prüfungen usw. abzuhalten. Jugendliche sind nicht für alle Obliegenheiten tauglich. Man beauftragt nicht den erstjährigen Lehrling mit einer heiklen und gefährlichen Arbeit. Ist das Kind zu jung für die vorgegebene Arbeit, so ist darin eine Verletzung der *cura in eligendo* zu erblicken¹⁷⁷.

Die *cura in instruendo* (Erteilung von Weisungen) und die *cura in custodiendo* (Überwachung) hängen mit der *cura in eligendo* eng zusammen, ist doch bei einer unerfahrenen Person besonders wichtig, dass diese überwacht wird und Weisungen erteilt werden.

Weiteren Umständen, vor allem der Art der Tätigkeit, ist Rechnung zu tragen. Speziell Lehrlinge sind genau über ihre Tätigkeit zu instruieren und — wie überhaupt jugendliche Angestellte oder Hilfskräfte — gut zu überwachen¹⁷⁸. Durch die Überwachung vergewissert sich der Geschäftsherr, dass die jugendliche Hilfsperson seine Weisungen befolgt.

Zu den Sorgfaltspflichten gehören weiter die Ausstattung mit *geeignetem Material* und eine *zweckmässige Organisation*¹⁷⁹.

Namentlich in grösseren Betrieben ist der Geschäftsherr der jugendlichen Hilfsperson nicht unmittelbar vorgesetzt. Stehen mittlere Angestellte dazwischen, so

173 Vgl. vorne S. 57 f.; u.a. Otfinger II/1 164.

174 Statt vieler BGE 96 II 31; vgl. auch FN 178.

175 Vgl. Otfinger II/1 156, 159; v. Büren 255; Keller 124.

176 Vgl. dazu die in FN 171 zit. Autoren; Becker, Art. 55 N 10 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 55 N 27 ff.; Keller 123 ff.; Engel 362; Gayler 106 ff.; Jacques Chamorel, La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, Diss. Lausanne 1925, 61 ff.

177 Einen 16jährigen Knaben als Hausburschen und Portier in Dienst zu nehmen, bedeutet an sich noch keine "culpa" in eligendo, laut ZBJV 76, 30; vgl. auch BGE 37 II 435 (dazu hinten S. 78); 77 II 45; Revue 19 Nr. 63.

178 Es gilt ein strenger Massstab bei Jugendlichen: SJZ 28, 183 Nr. 171; ZBJV 90, 328; 76, 30/31.

179 Vgl. Becker, Art. 55 N 12 f.; Keller 123; Nater 32, 54; BGE 90 II 90.

haftet der Geschäftsherr auch für deren Sorgfaltspflichtverletzung; dass er ihnen gegenüber die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat, genügt nicht¹⁸⁰.

bbb) Kasuistik

BGE 77 II 45

Ein *13jähriger Knabe* wird beauftragt, direkt neben einer Überlandstrasse Kühe zu hüten. Eine Kuh stösst mit einem Auto zusammen. Der Bauer als Geschäftsherr hat weder gehörige Auswahl noch zweckmässige Instruktionen nachgewiesen. Er hätte den Jungen auffordern sollen, sich nahe der Strasse aufzuhalten, um die Kühe vom Überqueren abzuhalten.

M.E. hätte das Gericht hier nur Art. 56 OR anwenden sollen.

BGE 41 II 500

Heute wäre der Sachverhalt nach SVG zu beurteilen. Ein *18jähriger Mechanikerlehrling* verursacht als Chauffeur einen Autounfall. Der Autohalter hat als Geschäftsherr seiner Sorgfaltspflicht nicht genügt, weil er den Chauffeur während der Fahrt unbeaufsichtigt gelassen, ihn nicht ermahnt und zweckdienlich instruiert hat. (Ein Minderjähriger, dem die Fahrbewilligung nur in beschränktem Umfange erteilt worden ist, bedarf besonderer Beaufsichtigung.)

BGE 37 II 434/435

Vgl. zweiter Befreiungsbeweis.

Revue 19 Nr. 63

Ein *14jähriger Fuhrmann* verursacht einen Unfall. Sorgfaltspflichtverletzung wird dem Geschäftsherrn angelastet, weil er einen 14jährigen als Fuhrmann verwendet hat.

ZBV 76, 30/31

Ein *16jähriger Hausbursche* und Portier verursacht mit dem Velo einen Verkehrsunfall. Es gehört zu den Pflichten eines Geschäftsherrn, der einen jugendlichen Angestellten zu geschäftlichen Verrichtungen ein Fahrrad verwenden lässt, sich zu überzeugen, ob dieser mit den grundlegendsten Verkehrsregeln und dem Velo vertraut ist. Er hat ihn über seine Pflichten und die mit seinen dienstlichen Verrichtungen verbundenen Gefahren zu unterrichten und zu belehren oder belehren zu lassen.

180 Vgl. vorne S. 72 FN 151.

ZBJV 90, 328

Ein *velofahrender Malerlehrling* missachtet das Vortrittsrecht einer Automobilistin; beim Ausweichen stürzt das Auto eine Böschung hinunter und wird schwer beschädigt. Ein Geschäftsherr, der seinen 16jährigen Lehrling mit dem Velo zu geschäftlichen Kommissionen ausschickt, muss sich vergewissern, dass dieser die Verkehrsregeln und das Velo beherrscht und ihn, wenn nötig, unterweisen oder unterweisen lassen. Dass der Geschäftsherr den Jüngling durch seinen fast mündigen Sohn hat begleiten lassen, befreit ihn nicht, zumal der Sohn den Lehrling nur zur Vorsicht ermahnt, nicht aber vom unerlaubten Einbiegen abgehalten hat.

SJZ 28, 183 Nr. 171

Ein *Lehrling* fährt mit dem Velo eine Frau an. Auch hier wird dem Lehrmeister als Geschäftsherrn vorgeworfen, dass er den Lehrling, der im gefährlichen Stadtverkehr mit dem Velo geschäftliche Kommissionen verrichtet, nicht instruiert und überwacht hat.

bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt

Der zweite Befreiungsgrund, nämlich der Nachweis, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre (ein hypothetischer Beweis), bezieht sich auf den mangelnden Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden¹⁸¹. Die Kausalität der Unsorgfalt wird vermutet, so dass es am Geschäftsherrn liegt, deren Fehlen darzutun¹⁸².

Die nähere Bedeutung dieses Befreiungsgrundes ist indessen unklar. Bezieht er sich auf die allgemeinen Entlastungsgründe, so ist er selbstverständlich und überflüssig. Eine eigenständige Bedeutung geht ihm auch ab, weil im Grunde genommen praktisch alle Hypothesen schon durch den ersten erfasst werden¹⁸³.

Als Beispiel diene der zu junge Fuhrmann (13jährig) in *BGE 37 II 434 ff.*¹⁸⁴. Der Unfall (ein 8jähriger Knabe wird überfahren) hätte sich jedoch auch bei Verwendung eines älteren Fuhrmannes ereignet. Der junge Fuhrmann hat vorwurfsfrei gehandelt. Es fehlt hier an der Kausalität der *negligentia in eligendo*, was eigentlich bereits unter dem ersten Befreiungsbeweis abgeklärt wird; denn der gerügte Umstand, das Alter, ist für den Schaden nicht kausal (die Tüchtigkeit stand hier zur Erörterung)¹⁸⁵.

181 Vgl. Oftinger II/1 172/173 und Zitate; Guhl/Merz/Kummer 191; Nater 13.

182 Vgl. Oftinger II/1 150, 173; Deschenaux/Tercier 105; BGE 97 II 224.

183 Vgl. auch Deschenaux/Tercier 105 und FN 186.

184 In Art. 62 aOR wird dieser Befreiungsgrund nicht ausdrücklich erwähnt. Er gilt jedoch allgemein.

185 Vgl. dazu auch Oftinger II/1 174; vorne S. 75 bzw. 53, 70 f. (Familienhaupthaftung).

Als weiteres Beispiel diene der zu junge, unqualifizierte Arbeiter. Der Schaden ist jedoch entstanden wegen eines Defektes der zu bedienenden Maschine; er wäre auch bei einem zuverlässigen erwachsenen Arbeiter eingetreten. Die Unsorgfalt in der Auswahl ist nicht kausal. Befreiung tritt jedoch bereits aufgrund des Sorgfaltsnachweises ein; denn der Umstand, auf den sich die Frage der Sorgfalt bezieht, ist nicht kausal.

Die Erwähnung des zweiten Befreiungsgrundes erübrigt sich, weil bereits aus der allgemeinen Regel folgt, dass der Mangel an Sorgfalt für den Schaden kausal sein muss¹⁸⁶.

D. Tierhalter (Art. 56 I OR)

1. Anwendbarkeit der Bestimmung

Art. 13 JVG stellt eine *lex specialis* gegenüber Art. 56 OR dar und geht deshalb Art. 56 OR vor. Der Jäger als Halter der Hunde, die er bei der Jagd verwendet, haftet somit für den Schaden, den diese anrichten, nach Art. 13 JVG und nicht nach Art. 56 OR¹⁸⁷.

Sind die nachstehend zu erörternden Voraussetzungen der Tierhalterhaftpflicht erfüllt (insbesondere Schadensverursachung durch ein Tier aus eigenem Antrieb), so ist Art. 56 OR anwendbar. Dieser gilt exklusiv gegenüber Art. 55 OR, wenn die Betreuung eines Tieres einer Hilfsperson des Tierhalters überbunden wird¹⁸⁸.

Verursachen ein Hausgenosse und ein Tier zusammen einen Schaden, so sind Art. 333 ZGB und Art. 56 OR allenfalls konkurrierend anwendbar¹⁸⁹.

2. Halterverhältnis

Der Tierhalter ist Haftpflichtsubjekt gemäss Art. 56 I OR. Der Begriff des Tierhalters ist aus dem Wesen der Tierhalterhaftpflicht zu gewinnen. Massgebend ist ein materielles Kriterium. Wer haftpflichtig ist, muss in der Lage sein, die Sorgfaltspflicht aufzuwenden. Deshalb braucht es zwischen dem Subjekt der Haftpflicht und dem eigentlichen Verursacher (Tier) ein *Gewaltverhältnis*, das in der Verfügung

186 Vgl. Oftinger II/1 177 und Zitate; Keller/Landmann, Tafel 149b; v. Tuhr/Peter 449; Keller 124; Gayler 110 ff.; Nater 19.

187 Vgl. Oftinger II/1 189/190; Deschenaux/Tercier 114.

188 Vgl. vorne S. 71.

189 Vgl. vorne S. 46.

über das Tier beruht¹⁹⁰. Der Halter kann bestimmen, wie das Tier verwendet wird und was mit ihm geschieht.

Es handelt sich beim Halterverhältnis um eine Beziehung eigener Art; es lässt sich nicht mit sachenrechtlichen Begriffen wie Eigentum oder Besitz umschreiben¹⁹¹.

Das Abstellen auf den Nutzen wie auch das Gewähren von Obdach und Unterhalt sind nur massgebend, wenn sich darin wirklich die Gewaltausübung ausdrückt¹⁹². Wird z.B. ein Tier verkauft, so gehen Nutzen und Gefahr mit dem Vertragsabschluss auf den Käufer über (Art. 185 I OR). Halter kann jedoch noch der Verkäufer oder ein Frachtführer sein. Haftbar ist derjenige, dem im Zeitpunkt der Schädigung die massgebende Gewalt zusteht. Beim Wechsel der Halterschaft kommt es auf den Übergang der tatsächlichen Macht an¹⁹³.

Eventuell kommt auch jemand, dem das Tier nur kurzfristig überlassen wird, als Tierhalter in Frage¹⁹⁴.

Durch die Verwendung einer *Hilfsperson* begibt sich der Halter nicht der Haltereigenschaft. Die Hilfsperson wird nicht Halter¹⁹⁵. Stets ist zu prüfen, ob jemand Hilfsperson ist oder nicht, denn die Begriffe Tierhalter und Hilfsperson schliessen sich aus.

Bei Kindern bereitet dies keine Schwierigkeiten. Als Hilfspersonen eines Tierhalters auftretende Kinder, z.B. der mit einem Hund spazierende Knabe¹⁹⁶ oder der Kühe hütende Junge^{197,198}, sind die uns interessierenden Fälle.

3. Schadensverursachung durch ein Tier aus eigenem Antrieb

Für diese Voraussetzungen trägt nach allgemeiner Beweislastordnung der Geschädigte die Beweislast.

Der Schaden muss widerrechtlich¹⁹⁹ sein, und zwischen dem Wirken des Tieres und dem Schaden hat ein adäquater Kausalzusammenhang zu bestehen, wobei mittelbare Verursachung genügt²⁰⁰.

190 Vgl. Oftinger II/1 193 f. und Zitate; Deschenaux/Tercier 115; Keller 130; v. Büren 249; Guhl/Merz/Kummer 191; Lühinger 23 ff.; BGE 104 II 25 und dort zit. BGE (vgl. dazu Merz, ZBJV 116, 4/5); ZBJV 104, 354.

191 Vgl. Oftinger II/1 195 und Zitate und die weiteren in FN 190 zit. Autoren; Metzger 54/55; vgl. auch BGE 104 II 24 ff.

192 Vgl. insbes. Oftinger II/1 196 ff. und Zitate.

193 Vgl. dazu BGE 64 II 375 ff.

194 Vgl. dazu Oftinger II/1 198/199; Keller 132; BGE 104 II 25.

195 Oftinger II/1 199/200; v. Büren 249, 251; Becker, Art. 56 N 6; Deschenaux/Tercier 115; BGE 58 II 375.

196 BGE 35 II 275 ff.; vgl. auch Revue 2 (ZSR 3), 129.

197 BGE 77 II 43 ff.

198 Vgl. ferner BGE 50 II 395 ff.: die ein Pferd abspannende Tochter; 41 II 238 ff.; 17, 638 ff.; 34 II 651 ff.

199 Eine Notwehrhandlung des Halters wäre denkbar.

200 Vgl. BGE 102 II 237 ff.; 35 II 281 ff.; SJZ 62, 122 Nr. 71; Oftinger II/1 211.

Art. 56 OR erfasst jedes Tier, das “gehalten” werden kann²⁰¹. Das Tier muss sich in eigener Aktion, seiner Natur gemäss, verhalten haben (Durchbrennen, Beissen, Kratzen, Ausschlagen usw.), nicht bloss als willenloses Werkzeug in der Hand des Menschen²⁰². Dann ist eventuell Art. 333 ZGB, Art. 55 oder 41 OR anwendbar.

Lenkt z.B. ein Kutscher ein Pferdegespann ungeschickt, so ist keine eigene Aktion gegeben. Eine solche ist jedoch nicht bereits ausgeschlossen, wenn ein Mensch, ein anderes Tier oder ein weiteres äusseres Ereignis auf das Tier eingewirkt hat, solange es noch aus eigenem Willen handelt. Als Beispiele sind hier zu nennen: Von Kindergeschrei erschreckt, brennt ein Pferd durch²⁰³; ein Knabe hetzt einen Hund auf andere Kinder²⁰⁴.

4. Keine Befreiung

a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund

Unterbricht höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittverschulden den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Tieres und dem Schaden, dann entfällt die Haftung²⁰⁵.

b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund

aa) Sorgfaltsnachweis

aaa) Grundsätze

Gemäss Art. 56 I OR kann sich der Tierhalter (analog dem Geschäftsherrn) befreien, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat. Die Verletzung der Sorgfalt wird präsumiert, so dass es am Tierhalter liegt, sich zu befreien, indem er nachweist, dass er die geforderte Sorgfalt angewendet hat²⁰⁶.

201 Näheres dazu bei Oftinger II/1 209 ff. mit Zitaten.

202 Vgl. dazu Oftinger II/1 211 ff. und Zitate; v. Tuhr/Peter 454; Keller 129/130; Lüchinger 49 ff. und speziell BGE 64 II 374/375.

203 Revue 9 (ZSR 10), 54; vgl. auch ZR 2 Nr. 178 S. 216 (durch Knallkörper).

204 BGE 35 II 275 ff.

205 Vgl. Oftinger II/1 215/216 und dort zit. Entscheide; BGE 102 II 238 f.

206 Vgl. Deschenaux/Tercier 116/117; BGE 17, 638.

Da in dieser Arbeit die Tierhalterhaftpflicht nicht allgemein zu erörtern ist, sondern nur insoweit, als Kinder mit Tieren umgehen, begnügen wir uns mit kürzeren Ausführungen zur Sorgfaltspflicht. Es sei auf die Darlegungen bei der Familienhaupt- und Geschäftsherrenhaftung verwiesen²⁰⁷. Verlangt wird hier gleichfalls ein *objektiv* umschriebenes Mass von Sorgfalt, das sich nach den *konkreten Umständen* des Einzelfalles richtet²⁰⁸. Zu beachten sind vor allem Gattung und Veranlagung (Gutartigkeit, Bösartigkeit, Schreckhaftigkeit usw.) des Tieres, ferner die Art der Verwendung, die Situation, in der das Tier den Schaden angerichtet hat usw.

Der Halter muss – wie der Geschäftsherr, das Familienhaupt – alle Massnahmen ergreifen, die sich aufdrängen, um eine Schädigung zu vermeiden²⁰⁹. Solche Vorkehrungen sind z.B. das Anbinden, Einsperren, ein Warnschild, Maulkorb usw. Wenn z.B. ein Bauer als Hundehalter neben seinem Hof eine Gastwirtschaft betreibt, so genügen allenfalls nicht einmal eine Kette und ein Warnschild²¹⁰.

Der Tierhalter hat für das Verhalten seiner *Hilfspersonen* einzustehen²¹¹. Hat die Hilfsperson die Sorgfaltspflicht erbracht, so wird er befreit, umgekehrt nicht, wenn er auch die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.

Kinder als Hilfspersonen des Tierhalters, im besonderen jüngere, unterlassen manchmal nicht nur das Nötige, sondern wirken sogar durch aktives Verhalten auf das Tier ein, so dass sich dieses schädigend verhält²¹². Hier ist eine Befreiung ausgeschlossen. Dem Halter wird auch zuweilen vorgeworfen, das Tier überhaupt einem Kind anvertraut oder dieses ungenügend überwacht zu haben²¹³. Insofern spielt auch die Frage der Sorgfalt in Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson eine Rolle, als dem Halter, wenn ihm hier Unzulänglichkeiten nachgewiesen werden, meist verunmöglicht wird, den Befreiungsbeweis zu erbringen²¹⁴. Für weitere Fragen bezüglich Kindern sei auf die Kasuistik verwiesen.

207 Vgl. vorne S. 51 ff., 75 ff.

208 Vgl. dazu und zum Folgenden insbes. Oftinger II/1 220 ff.; Deschenaux/Tercier 117; Keller 134; BGE 102 II 235 f.; weitere Judikatur bei den zit. Autoren.

209 Vgl. BGE 102 II 235: Das Übliche genügt nicht, es wird ein strenger Beweis gefordert; 85 II 245; SJZ 62, 114 Nr. 68.

210 BGE 102 II 236 f.

211 Oftinger II/1 223; Oser/Schönenberger, Art. 56 N 14; v. Büren 251/252; Guhl/Merz/Kummer 192; Stark 56; Lüchinger 80 f.; Alice Wegmann, Das Tier im schweizerischen Recht, Zürich 1966, 18; u.a. BGE 67 II 28; SJZ 47, 78/79 Nr. 27; a.M. Becker, Art. 56 N 13; Portmann 57/58; vgl. auch Metzger 103 ff.

212 Z.B. Hetzen eines Hundes auf andere Kinder. BGE 35 II 275 ff. Allgemeines dazu bei Oftinger II/1 217/218.

213 BGE 35 II 284.

214 Vgl. Oftinger II/1 223/224.

bbb) Kasuistik

BGE 35 II 275 ff., insbesondere 284

Ein Knabe hetzt einen *Hund* zum Scherz auf andere kleine Knaben, deren einer infolge des Schreckens nervöse Störungen erleidet und an einer Gehirnentzündung stirbt, die durch jenen Schrecken ausgelöst zu sein scheint.

Wenn der Halter einer Person, die selber überwacht werden muss, einen Hund anvertraut und dieser, infolge mangelnder Überwachung, einen Schaden verursacht, so ist der Halter verantwortlich.

Revue 2 (ZSR 3) 129

Ein *Hund* dringt in einen Wildpark ein und tötet einen Hirsch. Die Sorgfalt ist nicht aufgewendet worden, wenn der Hund in Begleitung von Kindern, die keine Gewalt über ihn haben und nicht versucht haben, ihn zurückzuhalten, frei herumlaufen können.

BGE 77 II 44 f.

Kühe werden der Obhut eines 13jährigen Knaben auf einer nicht umzäunten Wiese am Rande einer Hauptverkehrsstrasse anvertraut. Es kollidieren eine Kuh und ein Auto.

Ein schweres Verschulden des Tierhalters wird angenommen, weil er die Tiere unter den vorliegenden Umständen in der Obhut eines 13jährigen Knaben gelassen hat. Der Tierhalter hätte einen (elektrischen) Zaun anbringen müssen.

ZBJV 58, 27 ff.

Ein junges *Rind*, das vor eine Walze gespannt ist, brennt durch und verletzt einen 14 1/2jährigen Knecht. Der Tierhalter hat eine zu junge Hilfsperson (16jährig) zur Führung des Gefährts verwendet; ein kräftigerer erwachsener Gehilfe wäre nötig gewesen, um das ausgeruhte starke Tier kurz vor der Fütterungszeit (Stalldrang) im Zaum zu halten.

BGE 50 II 398 f.

Ein *Pferd* brennt durch, weil die Tochter des Tierhalters nach dem Abspannen ausgeglichen ist, und rennt in ein Auto. Der Befreiungsbeweis gelingt, weil sich die Tochter beim Abspannen korrekt verhalten hat. Der Sturz ist ein Zufall; die Folgen des Sturzes sind für sie nicht voraussehbar.

SJZ 62, 122 Nr. 71

Der 17jährige Sohn des Beklagten fährt mit dem von einem *Pferd* gezogenen Jauchewagen auf einer Hauptstrasse. Als er an einem Niveauübergang den Zug herannahen hört, begibt er sich zum Pferd, um es am Halfter zu führen. Durch ein Pfeifsignal

wird das Pferd unruhig. Gleichzeitig stolpert der Sohn über eine Wasserablauftrinne und stürzt. Das Pferd läuft davon und kollidiert mit einem Personenwagen auf dem Parkplatz. Der Tierhalter bzw. sein Sohn hat alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet. Das Pferd ist verkehrsgewohnt, weshalb besondere Vorkehrungen nicht zu treffen sind. Auch vor dem Herannahen des Zuges ist das Hinreichende getan worden. Das Stolpern ist ein Zufall. Es kann nicht behauptet werden, dass der Sohn diese Folgen hätte voraussehen können.

SJZ 61, 224 Nr. 110

Die 19jährige X beteiligt sich mit dem 7jährigen *Pferd* ihres Vaters an einem Ausritt. Auf dem nächtlichen Heimweg gleitet das Pferd wegen des vereisten Untergrundes aus, die Reiterin wird aus dem Sattel geworfen, das Pferd reißt aus und kollidiert mit einem Auto. Der Vater der Reiterin ist seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen. Die Tochter ist erfahren im Umgang mit Pferden und eine gute Reiterin, weshalb ihr das Pferd ohne weiteres hat übergeben werden dürfen. Ihr ist nichts vorzuwerfen. Den Heimweg erst nach Anbruch der Dunkelheit anzutreten, wird als zulässig erachtet. Allein aus dem Umstand, dass das Pferd wegen des vereisten Untergrundes gestolpert ist, lässt sich nicht ableiten, die Reiterin habe sich ungeschickt benommen.

SJZ 62, 114 Nr. 68

Der geistig und körperlich zurückgebliebene Sohn des Beklagten führt das *Pferd* seines Vaters bei der landwirtschaftlichen Liegenschaft zur Tränke. Das Pferd zeigt keine Trinklust, zieht den Wärter mit sich und wird von ihm losgelassen. Es gerät in die Fahrbahn eines Automobils. Die Befreiung ist ausgeschlossen beim Überlassen eines Pferdes an eine geistig und körperlich zurückgebliebene Person, die physisch und psychisch nicht in der Lage ist, das Pferd zu beherrschen.

Revue 9 (ZSR 10) 55

Eines von zwei *Pferden* brennt auf dem Weg zur Tränke, von Kindergeschrei erschreckt, durch; ein Passant wird tödlich verletzt. Der Befreiungsbeweis ist gescheitert, weil zwei Pferde durch nur eine Hilfsperson, die diese nur an der Mähne gehalten hat, in den Stall geführt worden sind.

bb) Fehlende Kausalität des Mangels der gebotenen Sorgfalt

Der zweite Befreiungsbeweis, der Nachweis, der Schaden wäre trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten, besitzt dieselbe Bedeutung wie bei Art. 55 OR. Es wird deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen²¹⁵.

E. Motorfahrzeughalter (Art. 58 SVG)

1. Anwendbarkeit der Bestimmung

Sind die nachfolgend zu erörternden Voraussetzungen der Motorfahrzeughalterhaftpflicht erfüllt, so ist die SVG-Ordnung anwendbar. Als Sonderbestimmung schliesst sie die Haftpflichtnormen des ZGB (Art. 333, wenn der Motorfahrzeughalter das Familienhaupt ist und das Kind als Person, für die der Halter verantwortlich ist, handelt) und OR (Art. 55, 41) für den Halter aus²¹⁶.

2. Halterverhältnis

a) Grundsatz

Damit jemand aufgrund von Art. 58 ff. SVG für das Verhalten eines Kindes schadenersatzpflichtig wird, muss er Haltereigenschaften im Zeitpunkt des Unfalles aufweisen. Das Haftpflichtsubjekt bestimmt sich nach einem materiellen Kriterium.

Halter ist derjenige, "auf dessen eigene Rechnung und Gefahr der Betrieb des Fahrzeugs erfolgt und der zugleich über dieses und allenfalls über die zum Betrieb erforderlichen Personen die tatsächliche, unmittelbare Verfügung besitzt"²¹⁷.

Das Fahrzeug auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt derjenige, der die Kosten vor allem des Unterhalts bestreitet. Verfügungsgewalt besitzt derjenige, der bestimmt, wie das Fahrzeug verwendet wird. Der Halter besitzt ein dauerndes Interesse an der Inverkehrsetzung des Fahrzeugs²¹⁸.

Es kommt bei der Prüfung auf die Gesamtheit der Umstände an²¹⁹.

215 Vgl. vorne S. 78 f.

216 Vgl. S. 46 FN 8; Deschenaux/Tercier 141/142.

217 Vgl. Oftinger II/2 481; Keller 236; Deschenaux/Tercier 147/148; BGE 92 II 42; 99 II 319; ferner Bussy, SJK 907 N 13 ff.

218 BGE 70 II 180.

219 BGE 70 II 180; 62 II 138.

Das Verhältnis vom Halter zum Motorfahrzeug ist ein solches eigener Art; das Eigentum ist nicht massgebend. Fahrzeugausweis und Versicherungsnachweis, die den Halter nennen, sind lediglich Anhaltspunkte – mehr nicht²²⁰.

Obwohl der Geschädigte direkt den Haftpflichtversicherer belangen kann (Art. 65 I SVG), ist nur der Halter das Haftpflichtsubjekt. Zwar erspart das Vorgehen gegen den Versicherer regelmässig die nähere Untersuchung, wer Halter ist, weil der Versicherer für den Halter schlechthin einstehen muss (Art. 63 II SVG). Reicht die Versicherungssumme jedoch nicht aus (Art. 64, 65 I SVG), kann die Feststellung des Halters bedeutungsvoll sein²²¹. Sie spielt ebenfalls eine Rolle im Verhältnis der Versicherung zum Halter; der Versicherer kommt nicht für den durch den Halter selbst erlittenen Schaden auf (Art. 63 III SVG)²²².

Es geht hier nur um die Haltereigenschaften einer vom Kinde verschiedenen Person. Hauptsächlich kommt das Familienhaupt als Halter in Frage²²³; es kann sich jedoch auch um eine beliebige andere Person handeln²²⁴.

b) Fiktive Halterschaft

Andere Personen, die wie Halter haften, ohne solche zu sein, sind:

- der Unternehmer des Motorfahrzeuggewerbes (Garagist) gemäss Art. 71 I SVG²²⁵, der z.B. für den Automechanikerlehrling einzustehen hat²²⁶;
- der Veranstalter von Rennen gemäss Art. 72 II SVG²²⁷;
- der Strolchenfahrer gemäss Art. 75 I SVG²²⁸.

Im weiteren ist hier die Deckung durch den Bund und die Kantone zu nennen (Art. 76, 77 SVG)²²⁹.

220 Vgl. Oftinger II/2 484 ff. und die weiteren in FN 217 erwähnten Zitate; BGE 62 II 138.

221 Dieser Fall tritt aber seit der letzten SVG-Revision (Mindestsumme: Fr. 1 Mio. gemäss Art. 3 I VVV) praktisch kaum mehr ein.

222 Vgl. insbes. Rusconi, TCS 21/22.

223 Vgl. BGE 97 II 248 ff.; 77 II 60 (Sohn nicht minderjährig).

224 Dann ist daneben eventuell auch die Haftpflicht des Familienhauptes nach Art. 333 ZGB in Betracht zu ziehen. Vgl. vorne S. 46.

225 Nach dem revidierten SVG hat die Halterversicherung des Garagisten und nicht mehr diejenige des Halters für den Schaden aufzukommen. Vgl. dazu Oswald, ZBJV 111, 224 f. = SVZ 42, 274/275; Tercier, Nouvelles dispositions 63 und Zitate; Rusconi, Nouvelles dispositions 82.

226 Vgl. nachfolgend S. 88.

227 Vgl. dazu Oftinger II/2 506 ff.; Keller 240 f.; Deschenaux/Tercier 149.

228 Vgl. vorne S. 41 ff.

229 Vgl. Deschenaux/Tercier 150; Theo Wolfensberger, Die Staatshaftung nach Art. 75, 76 und 77 SVG, Diss. Zürich 1974; Tercier a.a.O. 78 ff.

c) Anhang: Das Kind als Person, für die der Halter verantwortlich ist

Nur der Halter ist Haftpflichtsubjekt, nicht die Hilfsperson. Als Kausalhaftung beinhaltet die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters die Haftpflicht für fremdes Verhalten²³⁰. Das Gesetz verwendet wiederholt den Ausdruck "Personen, für die er verantwortlich ist" (Art. 58 II, 59 I, 61 II, 63 II und III lit. a). Der Kreis dieser Personen bestimmt sich ausschliesslich nach dem SVG und nicht nach dem OR (z.B. Art. 55) oder ZGB (Art. 333)²³¹.

Nach Art. 58 IV SVG haftet der Motorfahrzeughalter für das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen wie für eigenes.

Haftung besteht danach einmal für denjenigen, der das Fahrzeug *lenkt*, der sich an dessen Steuer befindet²³². Als Fahrzeuglenker kommen Familienmitglieder, Angestellte, Fahrschüler u.a. in Frage. Es wird sich dabei meistens um über 18jährige handeln, die den (allgemeinen) Führerausweis (Art. 14, 16 SVG) besitzen und hier nicht weiter interessieren. Doch auch ein Kind von 16 Jahren, das den Führerausweis nicht besitzt, fällt darunter²³³. Hierzu gehört auch das Kind, das einen Traktor führt²³⁴.

Meistens wird der Lenker ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt sein, das Fahrzeug zu führen. Es braucht jedoch kein befugtes Lenken vorzuliegen²³⁵; auch ohne Einwilligung haftet der Motorfahrzeughalter für das Kind.

Beim Strolchenfahrer, der jedoch selber gemäss Art. 75 I SVG wie ein Halter haftet und nicht bloss nach Art. 41 OR wie der gewöhnliche Führer²³⁶, haftet der Halter mit; seit 1975 kann er sich nicht mehr exkulpieren²³⁷.

Haftung besteht sodann für alle (weiteren) mitwirkenden *Hilfspersonen*, wobei dieser Begriff (analog Art. 55 OR) weit gefasst wird²³⁸, indem er sich auf alle Personen erstreckt, die beim Betrieb des Motorfahrzeugs (aufgrund eines rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisses zum Halter) mitwirken und dabei in einem Subordinationsverhältnis zum Halter stehen. Haftung besteht z.B. für ein Kind, das Zeichen beim Parkieren gibt²³⁹, oder für einen Lehrling, der einen Lastwagen belädt, wenn die Ladung während der Fahrt abrutscht und einen Betriebsunfall verursacht.

230 Vgl. Oftinger II/2 490; Deschenaux/Tercier 151; BGE 91 II 237.

231 Vgl. Bernasconi 53, 71; BGE 97 II 250.

232 Vgl. u.a. Deschenaux/Tercier 151; Bernasconi 56 ff.

233 Oftinger II/2 496.

234 Mindestaltersgrenze: 14 Jahre, vgl. vorne S. 40.

235 Vgl. Oftinger II/2 494; Deschenaux/Tercier 151 und FN 236.

236 Zur Abgrenzung vgl. BGE 97 II 249 ff.; 77 II 60 ff.; dazu vorne S. 41 f.; Bussy, SJK 908 N 6; Bernasconi 75 ff.

237 Siehe hinten S. 92/93.

238 Vgl. Oftinger II/2 491/492; Bussy, SJK 908 N 7 ff.; Deschenaux/Tercier 152; Bernasconi 68 ff.

239 Kein Kind: BGE 65 II 187 ff.; JT 1971 I 427.

Beim Garagenpersonal (z.B. Automechanikerlehrling) richtet sich die Haftungsfrage nach dem Verhältnis zum Garagisten und nicht zum eigentlichen Halter (Kunden). Hier ist die Hilfspersoneneigenschaft meist ohne weiteres erkennbar. Nicht vorausgesetzt wird, dass das Tun und Lassen von einer Ermächtigung gedeckt ist. Es gelten die obigen Erörterungen²⁴⁰.

Ob der Halter auch für den *Fahrgast*, der z.B. von sich aus die Türe aufstösst und einen vorbeifahrenden Verkehrsteilnehmer schädigt, haftet, ist kontrovers²⁴¹. Ist der Fahrgast ein Kind, so hat der Halter jedenfalls für dieses einzustehen. Dies gilt erst recht, wenn es ins Lenkrad greift und damit eine eigentliche Betriebsfunktion ausübt.

Das Verhalten des Kindes wird dem Halter angerechnet, ob es schuldhaft (wie in Art. 58 IV ausdrücklich erwähnt) sei oder nicht²⁴². Haftung besteht demnach auch für das urteilsunfähige Kind. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Kausalhaftung, insbesondere der Betriebshaftung.

3. Schadensverursachung durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs oder gegebenenfalls durch andere Vorgänge

Der Geschädigte trägt hierfür die Beweislast.

a) Schaden

Grundsätzlich wird nach Art. 58 I SVG für Personenschaden (infolge Körperverletzung, Tötung) und auch für Sachschaden gehaftet. Besonderheiten gelten für Sachschaden gemäss Art. 61 II, 59 IV lit. a und b²⁴³. Eine weitere Spezialregelung enthält Art. 75 I SVG.

b) Motorfahrzeug

Der Begriff ist in Art. 7 I SVG umschrieben und bedeutet jedes Fahrzeug, das sich aufgrund eigenen Antriebs unabhängig von Schienen auf dem Erdboden fort-

²⁴⁰ Vgl. im weiteren vorne S. 42.

²⁴¹ Vgl. Oftinger II/2 495/496; Bussy, SJK 908 N 12; Deschenaux/Tercier 152; Bernasconi 86/87; Keller 236; Oswald, BJM 1967, 7/8.

²⁴² Vgl. Oftinger II/2 497; Bussy, SJK 908 N 5; BGE 91 II 237. Ausnahme in Art. 58 II SVG: Nichtbetriebshaftung.

²⁴³ Vgl. Oftinger II/2 512 ff.; Keller 224/225.

bewegt²⁴⁴. Ausnahmen von der Kausalhaftung werden wegen geringer Motorkraft und Geschwindigkeit (Art. 89 I SVG, 37 VVV) für Motorhandwagen, Motor-einachser, die nur von einer zu Fuss gehenden Person geführt und nicht für das Ziehen von Anhängern verwendet werden, und Motorfahräder (Art. 5 II BAV) gemacht. Diese Fahrzeuge werden gleich wie Fahrräder behandelt (Art. 70 SVG). Hingegen gilt für Kleinmotorräder (Art. 2 II Satz 2 BAV) die Gefährdungshaftung, ebenfalls für Traktoren, die oft von Kindern geführt werden^{245, 246}.

c) Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem Betrieb des Motorfahrzeugs und dem Unfall²⁴⁷ bzw. Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen²⁴⁸. Mittelbare Verursachung genügt; körperliche Berührung mit dem Fahrzeug ist nicht erforderlich.

Bei der Nichtbetriebshaftung gemäss Art. 58 II SVG muss zwischen dem Auftreten des nicht in Betrieb befindlichen Fahrzeugs und dem Verkehrsunfall bzw. Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein. Ferner hat die fehlerhafte Beschaffenheit oder das Verschulden eine adäquate Ursache zu sein²⁴⁹.

Der adäquate Kausalzusammenhang ist unterbrochen, wenn ein Entlastungsgrund im Sinne von Art. 59 I SVG vorliegt²⁵⁰.

d) Betrieb

Der Schaden muss durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs verursacht worden sein (Art. 58 I SVG). Um den Betrieb zu definieren, ist der Zweck der gesetzlichen Vorschrift heranzuziehen²⁵¹. Die verschärfte Haftpflicht des Art. 58 I SVG stützt sich auf die spezifische Betriebsgefahr. Deshalb soll die Haftung nur dort Platz greifen, wo der Unfall zufolge der Manifestation der Betriebsgefahr eingetreten ist.

244 Näheres dazu und zum Folgenden bei Oftinger II/2 462 ff.; Keller 228 ff.; Deschenaux/Tercier 142 ff.

245 Dies seit dem 1. Januar 1961 gemäss Art. 68 VVV. Die frühere Ordnung (MFG) wurde oft kritisiert.

246 Die Haftungsordnung ist nicht nur auf Motorfahrzeuge auf öffentlichen Strassen (Art. 1 I SVG) beschränkt, sondern gilt schlechthin für Schäden durch Motorfahrzeuge. Vgl. u.a. Giger/Schlegel, Art. 58, 189; BGE 77 II 62/63; JT 1971 I 386.

247 Zum Begriff vgl. Oftinger I 90 ff.

248 Vgl. vorne S. 16 ff.; Oftinger II/2 520 ff. mit zit. Entscheiden; BGE 96 II 396 ff.

249 Oftinger II/2 550.

250 Nachfolgend S. 92.

251 Vgl. u.a. Oftinger II/2 532 ff.; Deschenaux/Tercier 152.

Nach dem in der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwendeten maschinentechnischen Betriebsbegriff ist ein Motorfahrzeug in Betrieb, "wenn der schadenstiftende Unfall in seiner Gesamtheit betrachtet, auf die besondere Gefahr zurückgeht, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtung (Motor, Scheinwerfer usw.) des Motorfahrzeugs geschaffen wird (...). Es genügt also nicht, dass die Schadensursache anlässlich des Betriebes eines solchen Fahrzeugs gesetzt worden sei, sondern sie muss auf die diesem Betrieb eigene besondere Gefahr zurückgehen"²⁵². Zum Betrieb gehört insbesondere ein mit der Fortbewegung zusammenhängender Vorgang, wobei der Fortbewegung durch den Motor "diejenige durch die eigene Schwerkraft zum mindesten bei bewusster Ausnützung gleichgestellt" werden muss²⁵³. Betrieb wird auch angenommen, wenn Passanten durch den Motor erschreckt oder durch die Scheinwerfer geblendet werden²⁵⁴. Ein abgestelltes Fahrzeug am Strassenrand, das nur mit seiner Masse ein Hindernis bildet, befindet sich nicht in Betrieb²⁵⁵.

Der Halter haftet für ein Kind, wenn dessen Verhalten an der Verwirklichung der Betriebsgefahr beteiligt gewesen ist²⁵⁶. Dies trifft zu, wenn z.B. ein Kind ins Lenkrad greift, wodurch jemand überfahren wird; wenn ein Kind beim fahrenden Auto die Türe öffnet und einen Velofahrer streift; wenn ein Kind den Arm ausstreckt oder etwas aus dem Fenster wirft, das einen Dritten trifft, und die schädigende Wirkung durch die Geschwindigkeit des Fahrzeugs erzielt wird.

Ein von Jugendlichen angeschobenes Motorrad oder Auto befindet sich nicht in Betrieb²⁵⁷. Löst ein Kind bei einem abgestellten Fahrzeug die Bremsen, so ist ein Betrieb zu verneinen²⁵⁸.

e) Nichtbetrieb

Art. 58 II SVG statuiert in Ergänzung zu Art. 58 I SVG eine Haftung (und zwar je nachdem eine Verschuldens- oder eine gewöhnliche Kausalhaftung) für einen Nichtbetriebsunfall²⁵⁹. Der Grund der Einführung dieser Haftung liegt darin, dass (wegen des vom Bundesgericht verwendeten maschinentechnischen Betriebsbegriffs)

252 Vgl. BGE 97 II 164. Näheres zum Betriebsbegriff im zit. BGE mit Hinweisen; vgl. auch Keller 233/234; Merz, Berner Tage 102/103; weitere Zitate bei Oftinger II/2 528 ff.

253 Vgl. BGE 78 II 163.

254 BGE 63 II 342.

255 BGE 97 II 166; vgl. auch BGE 100 II 51 und 102 II 283. Wenn von einem mit Kies beladenen Lastwagen Wasser abtropft und auf der Strasse gefriert, so ist das keine Auswirkung des Betriebes: BGE 82 II 47.

256 Vgl. Bernasconi 62 ff.

257 Vgl. Bussy, SJK 909 N 15; Oftinger II/2 538; Keller 233.

258 Vgl. Oftinger II/2 545; a.M. Bussy, SJK 909 N 14, N 7 FN 10.

259 Vgl. dazu Oftinger II/2 545 ff.; Max Keller, VersR 1/2; Bussy, SJK 909 N 34 ff.; Deschenaux/Tercier 153/154; Keller 235.

gewisse Vorgänge nicht von der Betriebshaftung erfasst werden²⁶⁰, das Auftreten des Fahrzeugs im Verkehr aber eine Spezialhaftung rechtfertigt.

Es fällt nur unter diese Bestimmung, was nicht als Betrieb angesehen werden kann, wie z.B. das Öffnen der Türe (durch ein Kind) bei einem stillstehenden Motorfahrzeug oder das Lösen der Bremsen usw.²⁶¹.

Damit die Haftung des Halters eintritt, bedarf es eines Verkehrsunfalles. Ein solcher liegt vor, wenn ein anderer Strassenbenützer (Verkehrsteilnehmer) durch das Motorfahrzeug einen Schaden erleidet, also z.B. wenn ein Velofahrer in die sich plötzlich öffnende Türe fährt; wenn ein Motorfahrzeug, das auf ein abgestelltes auffährt, beschädigt wird usw. Hingegen stellt das Einklemmen der Finger beim Ein- und Aussteigen keinen Verkehrsunfall dar²⁶².

Ferner ist entweder ein persönliches Verschulden des Halters oder einer Person, für die er einstehen muss²⁶³, erforderlich. Für urteilsunfähige Kinder besteht demnach keine Haftung, ausser den Halter (oder eine Person, für die er einstehen muss, wie z.B. den Fahrzeuglenker) treffe der Vorwurf, es nicht genügend beaufsichtigt, gemahnt usw. zu haben, was gerade der Fall sein könnte²⁶⁴. Die Nichtbetriebshaftung greift überdies bei fehlerhafter Beschaffenheit des Fahrzeugs Platz²⁶⁵.

f) Hilfeleistung nach Unfällen (Art. 58 III SVG)

Die Halterhaftung erstreckt sich laut Art. 58 III SVG auch auf Schäden infolge Hilfeleistungen nach Unfällen, wenn der Halter nach Art. 58 I oder II SVG für den Unfall verantwortlich ist. Ist er nicht verantwortlich, so haftet er nur für Schäden infolge Hilfeleistung an ihm selbst oder an den Insassen²⁶⁶.

260 Vgl. BGE 97 II 164 ff.

261 Angehaltener Lastwagen, aus dem Waren geladen werden: BGE 102 II 283 und dort zit. BGE.

262 BGE 63 II 270.

263 Vgl. BGE 102 II 283 ff.

264 Vgl. Oswald, BJM 1967, 8.

265 Vgl. insbes. Oftinger II/2 523 ff.

266 Vgl. Oftinger II/2 551 ff.; Bussy, SJK 909 N 41 ff.; Deschenaux/Tercier 154; Stark 72 ff.

4. Keine Befreiung

a) gestützt auf einen allgemeinen Entlastungsgrund

Gemäss Art. 59 I SVG versagt ein Entlastungsgrund (höhere Gewalt, grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten²⁶⁷), wenn den Halter oder eine Person, für die er einstehen muss, ein Verschulden trifft oder fehlerhafte Beschaffenheit zum Unfall beigetragen hat. Verschulden und fehlerhafte Beschaffenheit werden vermutet; die Beweislast für deren Fehlen trifft den Halter²⁶⁸.

Man hätte jedoch auf diesen zusätzlichen Beweis des Halters verzichten können²⁶⁹, denn er wird durch die Entlastungsgründe der höheren Gewalt, des groben Dritt- und des groben Selbstverschuldens meist gegenstandslos. Liegt nämlich ein zusätzliches Verschulden des Halters oder fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs vor, so weisen die erwähnten Entlastungsgründe nicht die erforderliche Intensität auf, um den Kausalzusammenhang zu unterbrechen.

Grobes Selbstverschulden liegt z.B. vor, wenn ein erwachsener Fussgänger kopflos die Fahrbahn betritt²⁷⁰. Beim Drittverschulden ist zu klären, ob es sich wirklich um Dritte handelt. Solche sind nicht Personen, für die der Halter einstehen muss. Als Drittverschulden kommt z.B. dasjenige eines anderen Motorfahrzeugführers in Frage²⁷¹. Rennt ein Kind auf die Strasse, wodurch ein Autolenker zum Ausweichen gezwungen wird, und entsteht dabei Schaden, so kann es sich fragen, ob das Kinderverschulden als Drittverschulden zur Unterbrechung geeignet ist. Dies wird es selten sein, da grobes Drittverschulden verlangt wird, welches bei Kindern mit Rücksicht auf deren Alter fast nie angenommen wird. Dasselbe gilt für das Selbstverschulden von Kindern^{272,273}.

b) gestützt auf einen besonderen Befreiungsgrund

Nachdem die Gefälligkeitsfahrt (Art. 59 III SVG) anlässlich der Revision von 1975 gestrichen worden ist und ebenfalls der generelle Exkulpationsbeweis bei der Strol-

267 Vgl. dazu Oftinger II/2 557 ff.; Keller 247 ff.; Bussy, SJK 912 N 23 ff.; Oswald, BJM 1967, 3 ff.

268 Näheres bei Bussy, SJK 912 N 9 ff.; Oftinger II/2 554 ff.

269 Oftinger II/2 556; Stark 31 ff.

270 Vgl. etwa BGE 95 II 187; 95 II 578 ff. (keine Befreiung); Châtelain 220/221. Eingehend zum SV des Fussgängers: Fischer 37 ff.

271 Vgl. dazu BGE 95 II 635 ff.

272 Hinten S. 96 ff. und auch vorne S. 20. Vgl. etwa BGE 63 II 60/61; Schwander 35. Nicht publizierte Urteile, in denen der Halter ausnahmsweise befreit wird, weil ein 11- bzw. 13jähriger Velofahrer gegen elementarste Verkehrsregeln verstossen hat, finden sich bei Oswald, BJM 1967, 6/7 FN 12; weitere bei Bussy N 26.

273 Als Drittverschulden kommt auch das Verschulden der Eltern eines verunfallten Kindes in Betracht. Vgl. hinten S. 106.

chenfahrt²⁷⁴, bleibt nur noch der Ausschluss der Halterhaftung bei der Strolchenfahrt gegenüber Benützern des Fahrzeugs, die bei Beginn der Fahrt von der Entwendung zum Gebrauch Kenntnis hatten oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit haben konnten (Art. 75 I SVG)²⁷⁵.

274 Damit sind die Ausführungen in BGE 97 II 254 ff. zum Exkulpationsbeweis des Vaters eines 17jährigen Strolchenfahrers gegenstandslos geworden. Kritische Stellungnahme zu dieser Änderung bei Rusconi, *Nouvelles dispositions* 83 und bei Tercier, *Nouvelles dispositions* 60 f.

275 Vgl. Oswald, ZBJV 111, 226/227; kritisch Keller 243; Tercier, *Nouvelles dispositions* 61/62.

4. KAPITEL

UMFANG DER HAFTPFLICHT

§ 1 SCHADENSBERECHNUNG

Art. 42, 45, 46 OR (vgl. Einleitung S. 1).

Literatur

Oftinger I 170 ff. und die dort zitierte Literatur, so insbesondere Stauffer/Schaetzle, Barwerttafeln, 3. Aufl., Zürich 1970; ferner Deschenaux/Tercier 210 ff. und die dort zitierte Literatur; Keller/Landmann, Tafeln 68 ff.; Rusconi, TCS 35 ff.

Judikatur

Wenn ein Kind ein anderes Kind verletzt, so geht es vorwiegend um die Schadensberechnung bei Augenverletzungen:

BGE 100 II 298 ff., insbesondere 304 ff. E 4 (vgl. dazu auch Rusconi, TCS 67 ff.);

U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 3 ff.;

SJZ 71, 352 f. Nr. 149 = ZR 74 Nr. 25 S. 50 ff.;

SJZ 61, 161/162 Nr. 89 E 3;

U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 33 ff.

Der Tatbestand, dass ein Kind einen Erwachsenen verletzt, ist im bekannten Entscheid BGE 82 II 33 ff. behandelt.

§ 2 SCHADENERSATZBEMESSUNG

I. Vorbemerkung

Durch die Schadensberechnung wird das Ausmass des Schadens bestimmt. Damit wird das Maximum festgelegt, das der Haftpflichtige zu leisten hat. Grundsätzlich ist der Schaden ganz zu ersetzen¹. Aus bestimmten Gründen tritt jedoch eine Reduktion ein, so bei leichtem Verschulden (Art. 43 I OR) oder bei Selbstverschul-

1 Vgl. Oftinger I 261; FN 5.

den (Art. 44 I OR) oder aus anderen Gründen. Das ist das Problem der Schadenersatzbemessung. Hierbei spielt das Ermessen eine grosse Rolle (Art. 43/44 OR). Kraft Verweisung gelten die Bestimmungen des OR auch für die Spezialgesetze² (z.B. für das SVG, Art. 62 I SVG); einzelne Bestimmungen stellen gar allgemeines Gedankengut dar und beanspruchen für das gesamte Haftpflichtrecht Geltung³.

II. Grösse des Verschuldens

A. Bei der Verschuldenshaftung

1. Im allgemeinen

Im Rahmen der Verschuldenshaftung ist gemäss Art. 43 I OR die Grösse des Verschuldens bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass bei leichtem Verschulden eine Reduktion in Frage kommt⁴. Eine solche ist nicht zwingend⁵. Eine Reduktion tritt insbesondere ein, wenn noch andere Umstände⁶ dafür sprechen, so z.B. wenn ein leichtes Verschulden einen sehr hohen Schaden bewirkt hat. Eine Herabsetzung ist aber auch bei alleinigem leichtem Verschulden des Haftpflichtigen möglich⁷.

Diese Regelung entspricht dem Gedanken der Verhältnismässigkeit von Schuld und Haftung, wie ihn Jhering und Bluntschli formuliert haben⁸. Sie mildert den Grundsatz des OR, wonach auch leichtestes Verschulden zu Schadenersatz führt.

Die Grösse des Verschuldens (der Fahrlässigkeit) ist nach einem objektiven Kriterium zu bestimmen⁹.

Unter leichtem Verschulden versteht man leichte Fahrlässigkeit, unter grobem Verschulden grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz^{10,11}.

Grob ist die Fahrlässigkeit nach der Formel des Bundesgerichts, wenn der Haftpflichtige unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser acht ge-

2 Oftinger, Schweizerische Haftpflichtgesetze, Zürich 1967, Art. 42 ff.

3 Siehe hinten S. 101.

4 Vgl. dazu statt vieler Oftinger I 263/264; BGE 99 II 181; 92 II 240; 91 II 297 und dort zit. BGE.

5 Nach Rusconi (TCS 31) darf diese Regel nicht so weit gehen, dass der Richter nur bei ganz schwerwiegendem Verschulden vollen Schadenersatz zuspricht. Selbst leichtes Verschulden kann einen solchen nach sich ziehen.

6 Art. 43 I OR spricht neben der Grösse des Verschuldens noch von den Umständen. Darauf ist später zurückzukommen. Umstände werden auch schon bei der Verschuldensbewertung berücksichtigt. Vgl. hiezu Spiro, BJM 1955, 231 ff.

7 BGE 82 II 31; ZR 74 Nr. 25 S. 52.

8 Vgl. Oftinger I 263/264.

9 Analog der Beurteilung des Verschuldens (der Fahrlässigkeit) überhaupt: Oftinger I 153.

10 Vorsatz definiert vorne S. 34.

11 Oftinger I 152; Deschenaux/Tercier 83.

lassen hat, was jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen¹². Beispiel: Eine solche liegt – wegen der Entzündbarkeit der Benzingase – vor, wenn Garagisten leere, offene Benzinfässer auf einem öffentlichen Platz lagern¹³.

Leichte Fahrlässigkeit ist jede nicht grobe¹⁴. Eine scharfe Grenzziehung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist nicht möglich, da der Unterschied bloss graduell ist und sich nur im Einzelfall ermessensweise bestimmen lässt. Angesichts der fließenden Grenze spricht Brehm¹⁵ von einem Niemandsland, das dazwischen liege, nämlich dem Bereich des erheblichen, mittelschweren Verschuldens, das weder leicht noch grob sei.

Auch das Bundesgericht spricht von einem *mittleren* Verschulden, und zwar gerade bei der Beurteilung von Kinder-Verschulden¹⁶. Es hält die Zweiteilung des Verschuldens für ungenügend, da nach der Lebenserfahrung sehr wohl Zwischenstufen, Verschulden mittlerer Schwere, möglich seien. Ein solches mittleres Verschulden ist dann noch nicht schwer und fällt damit unter das der Schadenersatzreduktion zugängliche leichte¹⁷.

2. Bei Kindern

Bei Kindern ist eine Reduktion des Schadenersatzes gestützt auf Art. 43 I OR recht häufig; dies freilich oft im Zusammenhang mit Selbstverschulden oder anderen Reduktionsgründen. In den Urteilmotiven wird etwa ausgeführt, dass sich das Mass der Herabsetzung nach dem Grad des Verschuldens und dem Alter richte¹⁸. M.E. wird dem Alter bereits bei der Bewertung des Verschuldens Rechnung getragen, so dass es nicht noch kumulativ berücksichtigt werden kann.

Richtig ist, dass das Verschulden eines Kindes meistens mit Rücksicht auf das *Alter geringer* bewertet wird als das Verschulden einer erwachsenen Person, welcher

12 Statt vieler BGE 93 II 352.

13 Ihr Verschulden wird nicht gemildert durch mitwirkendes Drittverschulden (des Knaben, der ein Zündholz an die Öffnung hält) oder Selbstverschulden: BGE 66 II 116 ff.

14 Oftinger I 153; Keller 77; Deschenaux/Tercier 84; BGE 96 II 176/177.

15 A la recherche d'une faute moyenne, SJZ 63, 87 ff.; vgl. ferner Châtelain 228; Rusconi, TCS 32; Engel 319; Deschenaux/Tercier 83; Bussy, SJK 911a N 22.

16 BGE 100 II 337/338 E 3; siehe hinten S. 97.

17 Keller (77) verwirft diese weitere Unterteilung, weil die Rechtsordnung auf die Zweiteilung in gewöhnliche und grobe Fahrlässigkeit abgestimmt ist. Auch Oftinger (I 153 FN 95) hält die neue Kategorie "mittleres" Verschulden für unnötig. Nach Oswald (SZS 11, 182 FN 34) ist mit der Dreiteilung anstelle der bisherigen Zweiteilung nichts gewonnen. Statt mit einer Grenze hat man sich mit deren zwei zu befassen, was eher eine Komplikation bedeute.

18 Vgl. BGE 100 II 337 E 3a und dort zit. BGE; U des BGR vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 9; JT 1973 I 450 (SV).

die gleiche Sorgfalt zur Last zu legen ist¹⁹. Dies, weil bezüglich des Masses der erforderlichen Sorgfalt bei Kindern geringere Anforderungen gelten als bei Erwachsenen. Man spricht so von einer *milderen* Beurteilung des Verschuldens von Kindern und trägt der jugendlichen Unreife, der Unbekümmertheit gegenüber Gefahren und den kindlichen Gemütsempfindungen Rechnung. Es wird ausgeführt, dass das Verschulden des Kindes, objektiv schwer oder an sich nicht leicht, wegen des jugendlichen Alters (und der Umstände) in einem milderen Lichte erscheine²⁰. Dies besagt m.E. nicht, dass das Verschulden bei einem Kind nunmehr subjektiv festgestellt wird, denn der objektivierte Verschuldensbegriff erlaubt es ja, das Alter als Umstand mitzuberücksichtigen²¹.

Allerdings wirken theoretisch mehr subjektive Momente mit, wenn die Reduktion direkt auf verminderte Urteilsfähigkeit gestützt wird²². Neben dem Alter sind auch alle anderen Umstände mitzuberücksichtigen²³. Es gelten die gleichen Massstäbe (d.h. es sind die gleichen Umstände zu würdigen) wie bei der Frage, ob überhaupt ein Verschulden vorliege. Z.B. kann sich der Umstand, dass das Kind Grund zur Eile hat, mildernd auswirken²⁴. Hat das Kind Verkehrsunterricht genossen, so wird sein Verschulden im Verkehr strenger beurteilt²⁵. Das Verschulden eines Kindes kann gar als geringer erachtet werden wegen mangelhafter Überwachung durch seine Eltern, überhaupt infolge Drittverschuldens oder Selbstverschuldens²⁶.

Man scheut sich davor, ein Kind zivilrechtlich mit Eventualvorsatz zu belasten²⁷. Grobe Fahrlässigkeit wird kaum einmal angenommen²⁸, fast immer leichtes und neuerdings mittleres Verschulden²⁹. Diese Kategorie von Verschulden sei gerade für die Beurteilung von Jugendlichen sinnvoll. Es fällt dem Richter offenbar leichter, bei einem Kind anstelle eines groben ein mittleres Verschulden anzunehmen.

19 BGE 104 II 188; 102 II 368/369 (SV); 90 II 13; 82 II 31; 66 II 120 (DV); 66 II 201 (SV); 63 II 61 (SV); 62 II 316/317 (SV); ZR 74 Nr. 25 S. 52/53 = SJZ 71, 351 Nr. 149; BJM 1973, 293; 1969, 27; PKG 1952, 20; Sem.jud. 97, 101; vgl. auch Oftinger I 147, 162/163; Keller 97/98, 109; Rusconi, TCS 31; Schwander 13.

20 U.a. BGE 90 II 13; 62 II 316/317 (SV); 63 II 61 (SV).

21 Vgl. vorne S. 35.

22 Vgl. vorne S. 25. Nach Merz (ZBJV 114, 135/136) bedarf es zur Verschuldensbewertung keines Rückbezugs auf die Urteilsfähigkeit mit der Folge, dass die gleichen konkreten Umstände sowohl unter dem Gesichtspunkt der (verminderten) Urteilsfähigkeit wie auch noch einmal unter demjenigen des Verschuldens gewürdigt werden.

23 So wird in BGE 82 II 31/32 das Verschulden dadurch gemildert, dass der Beklagte die Abfahrt in einer kundig geführten Klasse gemacht hat; in Sem.jud. 97, 101, dass der Beklagte mit der Kerze in die Scheune eingedrungen ist, um die Katze zu suchen; in BGE 90 II 13, dass die Gefahr nicht so offen zutage lag wie in anderen Fällen (BGE 66 II 120; 82 II 30); in BJM 1969, 27, dass die gefährliche Situation durch ein Missgeschick entstanden ist.

24 Vgl. dazu Bussy N 11; vorne S. 28 FN 32.

25 Vgl. vorne S. 35/36; SJZ 65, 241 Nr. 128; Schwander 11.

26 Vgl. Oftinger II/1 290.

27 Vgl. vorne S. 34 FN 53; PKG 1952, 20/21 Nr. 8.

28 Vgl. die seltenen Fälle, die von einem Selbstverschulden handeln, vorne S. 20 FN 49.

29 BGE 100 II 337/338 E 3; U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 9; ZR 74 Nr. 25 S. 50 = SJZ 71, 351 Nr. 149.

Rusconi³⁰ wendet sich gegen eine allgemeine schematische Reduktion bei Jugendlichen und will diese nur in Verbindung mit anderen Reduktionsgründen gestatten. In der Praxis geschieht dies ohnehin fast ausnahmslos.

Wir geben nachstehend einige Entscheide an, ohne in der Regel das genaue Mass der Herabsetzung gestützt auf Art. 43 I OR nennen zu können, weil fast immer weitere Herabsetzungsgründe kumulativ mitberücksichtigt werden.

Kürzung wegen alleinigen leichten Verschuldens

U des BGer vom 11. Juli 1957 i.S. Jatou gegen Thévoz

Bei einem Unfall auf einer Kunsteisbahn trifft den unvorsichtigen 15jährigen Schlittschuhfahrer ein alleiniges leichtes Verschulden. Das Bundesgericht kürzt den Schadenersatz um 2/3.

BGE 70 II 140

Ein 10jähriger Knabe wird beim Holzhacken von einem kleinen Mädchen belästigt und hackt ihm unglücklicherweise drei Finger ab. Die Ersatzquote beläuft sich auf ca. 1/5.

Sem.jud. 97, 101 f.

Ein 10 1/2jähriger Knabe verursacht in einer Scheune einen Brand. Es erfolgt eine Kürzung um einen m.E. allzu geringen Viertel (Ersatzquote = 3/4).

Kürzung wegen leichten Verschuldens und anderer Herabsetzungsgründe (meistens Selbstverschulden)

BGE 100 II 337/338 E 3

Drei 9jährige Knaben verursachen einen Brand in einer Scheune. Dadurch, dass die Knaben wegen der Brandversicherung nur 1/8 des Schadens tragen müssen, ist Art. 43 I OR Genüge getan.

BGE 104 II 188

Drei 9jährige Knaben spielen mit Pfeil und Bogen. Ein Pfeil dringt ins Auge eines Mitspielers. Der Geschädigte erhält 3/4 seines Schadens als Ersatz zugesprochen.

U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 9 ff.

Ein 11jähriger verletzt durch einen Pfeilschuss einen Kameraden am Auge. Es erfolgt eine Reduktion um $\frac{1}{5}$ aufgrund von Art. 43 I und nochmals um $\frac{1}{5}$ aufgrund von Art. 44 I OR.

BGE 90 II 13/14

Ein 12jähriger Sekundarschüler löst die Schraubenmutter eines Elektrizitätsmastes. Der Schadenersatz wird um $\frac{5}{6}$ gekürzt, die Entschädigung beträgt $\frac{1}{6}$ (mit SV).

BGE 82 II 31 ff.

Ein 15jähriger Skifahrer fährt in einen an der Piste stehenden Mann. Die Ersatzpflicht beträgt $\frac{1}{2}$ (mit SV).

BGE 67 II 53 ff.

Ein 12jähriger Radfahrer verletzt einen Motorradfahrer tödlich. Die Ersatzquote beträgt $\frac{1}{4}$ (mit SV).

JT 1942 I 460 Nr. 15

(in BGE 67 II 231 nicht veröffentlichte Erwägungen)

Lehrlinge befinden sich mit dem Velo, hintereinanderfahrend, auf dem Heimweg. Ein 10jähriger Radfahrer schliesst zu nahe auf den vorderen auf. Beim Versuch zu überholen, fährt er auf ihn auf. Der vordere Radfahrer stirbt an den Unfallfolgen. Der Schädiger wird zu $\frac{4}{5}$ ersatzpflichtig.

ZR 74 Nr. 25 S. 52/53 = SJZ 71, 353 Nr. 149

Ein 10 $\frac{1}{2}$ jähriger Knabe verletzt mit dem Luftgewehr einen anderen Knaben (Chriegerlspiel). Die Ersatzpflicht wird ohne Berücksichtigung des Selbstverschuldens auf $\frac{2}{3}$, mit Berücksichtigung desselben auf $\frac{1}{3}$ festgelegt.

ZR 66 Nr. 107 S. 215 = SJZ 63, 238 Nr. 123

Ein 15jähriger übergibt sein Luftgewehr einem 12 $\frac{1}{2}$ jährigen, welcher damit einen weiteren Knaben verletzt. Die Schadenersatzpflicht des 15jährigen wird aus verschiedenen Gründen um ca. $\frac{2}{5}$ reduziert.

BJM 1973, 293 f.

Ein 9jähriger verursacht einen Brand in einem Werkhof. Die Ersatzpflicht wird auf die Hälfte des Schadens beschränkt.

BJM 1969, 29

11–15jährige Drachenspieler verursachen den Sturz eines Solexfahrers. Die Ersatzquote beträgt $\frac{1}{2}$ (fälschlicherweise mit Anrechnung der Betriebsgefahr des Velo-solex; siehe hinten S. 111).

PKG 1952, 20/21 Nr. 8

Ein 12jähriger schiesst mit der Armbrust auf ein anderes Kind. Es wird um $\frac{1}{4}$ reduziert, so dass die Ersatzpflicht $\frac{3}{4}$ beträgt.

U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 24 ff.

Drei Knaben spielen Krieg mit Luftgewehren. Ein knapp 15jähriger verletzt 12jährigen am Auge. Der Schadenersatz wird um $\frac{2}{5}$ reduziert (mit SV).

B. Bei der Kausalhaftung

Bei einer Kausalhaftung, z.B. gemäss Art. 333 ZGB, Art. 55, 56 OR, Art. 58 SVG usw., hat das Verschulden primär keine Bedeutung für den Umfang der Ersatzpflicht, denn der Haftpflichtige haftet ja grundsätzlich für den ganzen Schaden ohne Verschulden³¹. Dies gilt auch für das Verschulden von Hilfspersonen und sonstigen Personen, für die der Haftpflichtige einstehen muss (z.B. Art. 58 IV SVG)³².

Sekundär wirkt sich allerdings ein sogenanntes zusätzliches Verschulden des Kausalhaftpflichtigen oder einer Person, für die er einstehen muss, aus, wenn wegen Selbstverschuldens eine Reduktion in Betracht fällt. Die Stellung des Kausalhaftpflichtigen verschlechtert sich dann³³.

III. Selbstverschulden

Das Selbstverschulden wird in Art. 59 II SVG, Art. 5 EHG erwähnt. Auf Art. 44 I OR verweisen diverse Spezialgesetze. Art. 44 I OR versteht unter den Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss, in erster Linie das Selbstverschulden³⁴. Es

31 Vgl. Keller 97, 118, 127, 137, 250. Bei Art. 333 ZGB, 55, 56 OR stellt man gelegentlich auf die Erheblichkeit der Sorgfaltspflichtverletzung ab. Dies ist nur dann einleuchtend, wenn die fraglichen Haftungen als Verschuldenshaftungen aufgefasst werden. Vgl. Näheres bei Oftinger I 264 FN 11; II/1 291 FN 256; 178 FN 382.

32 Vgl. Oftinger I 264 und die in FN 12 erwähnten Zitate; II/1 178 FN 385.

33 Vgl. BGE 97 II 345; Näheres hinten S. 103/104.

34 Vgl. Portmann, ZBJV 90, 11/12.

stellt den wichtigsten Reduktionsgrund überhaupt dar³⁵. Sowohl bei der Verschuldens- wie bei der Kausalhaftung, im gesamten Haftpflichtrecht, wird es berücksichtigt³⁶. Das Selbstverschulden muss für den Eintritt oder die Grösse des Schadens adäquat kausal sein³⁷.

Wenn es den Kausalzusammenhang zwischen der vom Haftpflichtigen gesetzten Ursache und dem Schaden unterbricht, besteht gar keine Haftung³⁸; andernfalls ist eine gänzliche Entbindung des Haftpflichtigen nicht möglich³⁹.

Selbstverschulden ist ein Verhalten, das nach anderer Rollenverteilung ein Verschulden darstellen würde⁴⁰. Es beurteilt sich gleichermassen wie das Verschulden, nämlich nach einem objektiven Kriterium⁴¹. Ist auf der Geschädigten- oder -en- seite ebenfalls ein Kind beteiligt, so wird wiederum das Kindesalter mildernd berücksichtigt (Unbekümmertheit von Kindern gegenüber Gefahren usw.)⁴².

Das Selbstverschulden kann sich einmal auf die *Entstehung* des Schadens beziehen. Beispiel: Ein Skifahrer hält sich an einer ungünstigen Stelle auf und wird von einem Jungen überfahren⁴³. Hierher gehört auch die *Einwilligung* des Geschädigten in die schädigende Handlung, falls sie nicht die Widerrechtlichkeit ausschliesst⁴⁴. Zu erwähnen ist ferner das *Handeln auf eigene Gefahr* (*acceptation du risque*)⁴⁵. Ein solches liegt z.B. vor, wenn der Mitfahrer weiss oder wissen müsste, dass der Fahrer angetrunken ist⁴⁶. Die Gefahrübernahme spielt namentlich beim Sport (z.B. Ringkampf, Fussballspiel) eine Rolle⁴⁷. Eine *acceptation du risque* bei der blossen Teilnahme am Skipistenbetrieb wird hingegen zu Recht abgelehnt⁴⁸.

Wenn sich der Geschädigte einer Gefahr aussetzt, wird dies zumeist als Selbstverschulden angesehen werden können. "Ein Verhalten, von dem erwartet werden muss, dass der Geschädigte seine Gefährlichkeit einsieht oder hätte einsehen können, das er hätte vermeiden sollen, stellt folglich Selbstverschulden dar"⁴⁹. Ausnahms-

35 Keller 99; Stark 40.

36 Vgl. Oftinger I 266; Stark 101; Portmann, ZBJV 90, 13.

37 Becker, Art. 44 N 8; Stark 41; BJM 1973, 294.

38 Vgl. vorne S. 19 f.

39 Keller 100; Schärer 33.

40 Oftinger I 160; vgl. auch v. Tuhr/Peter 108.

41 Vgl. vorne S. 35; Oftinger I 160.

42 Vgl. die mit SV bezeichneten Entscheide vorne S. 97 FN 19.

43 BGE 82 II 32.

Anderes Beispiel: BGE 90 II 14 (Schraubenmuttern nicht genügend angezogen).

44 Vgl. vorne S. 23.

45 Literatur dazu: Oftinger I 160 ff.; Stark, Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, SJZ 50, 21 ff.; Bucher, Art. 19 N 384; Art. 17/18 N 21 ff.; Eichenberger 121 ff.; Felix Kubli, Die Haftungsverhältnisse bei Sportveranstaltungen, Diss. Zürich 1952, 44 ff.; statt vieler BGE 97 II 229.

46 BGE 91 II 221 ff.: "Celui qui s'expose consciemment à un danger excédant la mesure ordinaire assume au moins en partie le risque d'accident." BGE 84 II 296 ff.

47 Vgl. dazu Eichenberger und Kubli, in FN 45 zit.

48 Vgl. Stiffler, SJZ 63, 213; Peter Kleppe, Die Haftung bei Skiunfällen in den Alpenländern, München/Berlin 1967, Nr. 80 ff.

49 Oftinger I 160.

weise wird auch, ohne dass das fragliche Verhalten als Selbstverschulden qualifiziert werden kann, eine Reduktion vorgenommen⁵⁰. Stark⁵¹ nimmt in diesen Fällen die subjektive Nichtgeltung des Haftungsgrundes beim Haftpflichtigen an (z.B. kein Verschulden des Haftpflichtigen).

Wenn Kinder an einem gefährlichen Spiel teilnehmen, so wird darin vielfach ein Selbstverschulden liegen (sofern die Urteilsfähigkeit vorhanden ist). Dies trifft zu bei einem 11 1/2jährigen⁵² sowie bei einem 9jährigen Knaben⁵³, die sich am Cowboy-Spiel (mit Pfeil und Bogen) beteiligen, ferner bei einem 12jährigen⁵⁴, der beim "Chriegerlspiel" (mit Luftgewehr) mitmacht.

Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid⁵⁵ bei der Beteiligung von Knaben an einem gefährlichen Spiel keine Haftpflicht nach Art. 41 OR angenommen.

Das Zürcher Obergericht hat in einem Entscheid⁵⁶ festgehalten, dass ein 4-jähriges Mädchen, das einen 6-jährigen Knaben bittet, ihr einen Pfeil ins Haar zu schiessen, keine rechtsverbindliche Einwilligung erteilen kann. Dennoch wird u.a. aus diesem Grunde Art. 54 OR auf der Schädigerseite als nicht anwendbar erklärt.

Das Selbstverschulden kann sich ferner auf die *Verschlimmerung* des Schadens beziehen⁵⁷. Es wird z.B. bei einer Augenverletzung, die ein Kind einem anderen beibringt, kein Arzt zugezogen⁵⁸ oder infolge ungeeigneter Berufswahl der Schaden vergrößert^{59,60}.

Vielfach schädigt ein Kind ein anderes. Es fragt sich, wie die Rechtslage ist, wenn dem geschädigten Kind wegen fehlender Urteilsfähigkeit kein Selbstverschulden angelastet werden kann, denn gleich wie beim Verschulden ist die subjektive Seite, nämlich Urteilsfähigkeit, erforderlich⁶¹. Art. 54 I OR wird alsdann im Rahmen von Art. 44 analog herangezogen, und zwar auch bei den Kausalhaftungen⁶².

50 Vgl. dazu Oftinger I 161.

51 a.a.O., insbes. 40 ff.

52 U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 10 f.

53 BGE 104 II 188.

54 ZR 74 Nr. 25 S. 53; vgl. auch U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Déléze S. 24 ff.

55 BGE 42 II 44 ff.

56 ZR 56 Nr. 93 S. 155.

57 Vgl. Oftinger I 266/267; Keller 99 und die dort zit. BGE.

58 Vgl. Sem.jud. 87, 38 ff.

59 Eine Kürzung wird abgelehnt im U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 11 f.: Der Kläger, der beim Cowboy-Spiel am Auge verletzt worden ist, hat den Spenglerberuf erlernt, weil dieser Beruf in der Familientradition liegt und der Vater ein eigenes Geschäft besitzt.

60 Im bekannten BGE 82 II 33 lehnt es das Bundesgericht ab, den Schadenersatz nach Art. 44 I OR herabzusetzen, weil der Geschädigte durch seine vorzeitige Heimreise nach Mailand seinen Zustand verschlimmert habe.

61 Vgl. Oftinger I 165; Bucher, Art. 19 N 379/380; statt vieler BGE 62 II 316; 60 II 43/44.

62 In den nachfolgenden Entscheiden handelt es sich immer um Dritthaftpflichtige (Kind geschädigt):

BGE 60 II 44: Kind durch Heuaufzug verletzt. Das Verschulden des Haftpflichtigen sei

Damit trägt die Praxis dem ordnungswidrigen, ungeschickten, unvernünftigen Verhalten als Herabsetzungsgrund Rechnung.

Das Verschulden der Eltern eines verletzten Kindes darf diesem nicht angerechnet werden⁶³.

Das Verhalten von Hilfspersonen oder anderen Personen, für die der Geschädigte als Haftpflichtiger verantwortlich wäre, wird dem Geschädigten als Selbstverschulden angerechnet. Ist also z.B. ein Motorfahrzeughalter geschädigt, weil ein Kind unvorsichtig die Strasse überquert hat, so hat er ein allfälliges Verschulden des Fahrzeugführers zu vertreten⁶⁴.

Das *Mass der Reduktion* bestimmt sich bei der *Verschuldenshaftung* nach dem Anteil des Verschuldens des Geschädigten am Gesamtverschulden⁶⁵.

Kasuistik

Ein Kind schädigt ein Kind oder eine andere Person: Es sei auf die (mit SV bezeichneten) Entscheide vorne S. 98 ff. und die dortigen Quotenangaben verwiesen. In den erwähnten Urteilen (BGE 104 II 188; U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann; ZR 74 Nr. 25 S. 53; U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze) wird jeweils berücksichtigt, dass das geschädigte Kind am verhängnisvollen Spiel teilgenommen hat. In BGE 90 II 14 fällt entscheidend ins Gewicht, dass die Unternehmung ein schweres Selbstverschulden trifft, weil sie die Schrauben nicht genügend befestigt hat.

Bei der *Kausalhaftung* ist zu beachten, dass an sich der vom Haftpflichtigen zu vertretende Haftungsgrund (z.B. Betriebsgefahr) und das Verschulden des Geschädigten inkommensurable Grössen darstellen⁶⁶. Treffen Kausalhaftungen mit Selbstverschulden zusammen, so ist die Schadensverteilung nach Massgabe der Ursachen die einzig praktikable Lösung. Es ist zu untersuchen, in welchem Masse das Selbstverschulden entsprechend seiner Grösse im Verhältnis zum Total der schädigenden Ursachen eine Teilursache war⁶⁷. Die einem bestimmten Selbstverschulden ent-

kein schweres; der Geschädigte hätte den Warnungen mehr Beachtung schenken sollen, weshalb ein Abzug um 1/4 erfolgt.

Sem.jud. 58, 119/120: Verschulden des Haftpflichtigen nicht gross, bescheidene Verhältnisse, Reduktion um 1/2.

BGE 54 II 140; 51 II 523; 41 II 226/227; ZBJV 66, 31 ff.; Sem.jud. 72, 46; Oftinger I 166; Keller 101, 106/107; v. Büren 61; v. Tuhr/Peter 109 und die dort zit. Autoren; Rusconi 353/354; Bussy N 13 ff.; Schwander 15, 36; Stocker 88 f.

63 Siehe hinten S. 106.

64 Oftinger I 271, 163 ff. und dort zit. BGE; Keller 100; Stark 58 FN 117; Rusconi, TCS 15 f. (zu BGE 99 II 201).

65 Oftinger I 268; Deschenaux/Tercier 239; BGE 83 II 32; 60 II 420/421.

66 Vgl. Rusconi 346 ff.

67 Oftinger I 268/269 und Zitate; BGE 91 II 211/212: "Bei der Festsetzung des Masses der Reduktion ist davon auszugehen, dass auf den Geschädigten diejenige Quote des Schadens fallen soll, die seinem Anteil an der Gesamtverursachung des Schadens entspricht."

sprechende Reduktion ändert dann je nach den vom Haftpflichtigen zu vertretenden Umständen (Betriebsgefahr, erhöhte Betriebsgefahr, Sorgfaltspflichtverletzung, zusätzliches Verschulden). Trifft den Haftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden oder eine erhöhte Betriebsgefahr, so ist er für zwei Kategorien von Ursachen verantwortlich. Das wirkt sich dahin aus, dass das Selbstverschulden als Ursache leichter wiegt⁶⁸.

Die Entscheide sind selten, in denen bei einem Kausalhaftpflichtigen, der für ein Kind einzustehen hat (Familienhaupt usw.), wegen Selbstverschuldens des Geschädigten ein Abzug vorgenommen wird⁶⁹. Häufiger sind Entscheide, in denen ein Kind durch einen Kausalhaftpflichtigen geschädigt ist und eine Reduktion erfolgt⁷⁰.

IV. Notlage des Haftpflichtigen

Art. 44 II OR sieht eine Schadenersatzreduktion vor für den Fall, dass der Haftpflichtige sonst in eine Notlage geraten würde, sofern er den Schaden nicht absichtlich oder grob fahrlässig begangen hat.

Diese Bestimmung gilt ausser für die Haftungen nach OR und ZGB gemäss spezieller Verweisung auch für das Gebiet des SVG (ElG, RLG, AtG, nicht aber EHG, JVG)⁷¹.

Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen sind hier wegleitend, doch hat die Bestimmung mehr singuläre Bedeutung. Sie hat mit der Ausbreitung der Haftpflichtversicherung an Bedeutung verloren⁷².

Bei Kindern und Familienhäuptern als Haftpflichtigen wird vereinzelt auf die Vorschrift Bezug genommen. So hat ein Vater, der kein Vermögen und nur ein bescheidenes Einkommen besitzt, nur eine reduzierte Rente zu bezahlen⁷³. Eine

68 Vor allem im Bereich des SVG (Art. 59 II) stellt sich die Frage, ob ein zusätzliches Verschulden des Motorfahrzeughalters allenfalls ein Selbstverschulden zu neutralisieren vermag. Hierüber bestehen eine umfangreiche befürwortende und verneinende Literatur und Praxis. Vgl. einerseits Oftinger I 269 f. und Zitate; Fischer 99 ff.; anderseits Deschenaux/Tercier 240; Baur 46/47.

69 Wie in BGE 79 II 345; 67 II 56: Sohn und Familienhaupt haften (solidarisch) zu 1/4, da ein schweres Selbstverschulden des getöteten Motorradfahrers gegeben ist.

70 SVG/MFG: BGE 63 II 62; 62 II 317; JT 1973 I 450; EHG: BGE 102 II 369; 72 II 205; 71 II 125/126; Art. 58 OR: BGE 91 II 212.

Haftungsquoten hinten S. 112.

71 Vgl. Stark 48.

72 Oftinger I 272; Keller 98; Stark 49; vorinstanzliches U des Appellationshofs BE vom 9. Dezember 1975 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 15: Eine Notlage des Ersatzpflichtigen ist wegen des Bestehens einer Haftpflichtversicherung nicht zu befürchten. Vgl. auch U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 31/32.

73 BGE 49 II 446/447.

Herabsetzung erfahren auch zwei (solidarisch) haftende Väter mit Rücksicht auf die wenig günstigen ökonomischen Verhältnisse⁷⁴.

Gegenüber haftpflichtigen Jugendlichen wird eine Herabsetzung aufgrund von Art. 44 II OR vielfach deswegen abgelehnt, weil eine Haftpflichtversicherung⁷⁵ oder ein Regressrecht auf Dritte bestehe⁷⁶. Trifft das Kind ein grobes Verschulden, so ist die Anwendung von Art. 44 II OR ausgeschlossen⁷⁷; ein mittleres Verschulden schliesst sie dagegen nicht aus⁷⁸.

V. Ungewöhnlich hohes Einkommen des Getöteten oder körperlich Verletzten

Diesen Reduktionsgrund erwähnen ausdrücklich Art. 62 II SVG, 4 EHG, 15 III AtG; er lässt sich jedoch auch aus Art. 44 II OR (oder 43 I) ableiten und kann im ganzen Haftpflichtrecht berücksichtigt werden⁷⁹.

Die Vermögenslage des Geschädigten ist im Verhältnis zu derjenigen des Schädigers zu würdigen. Auch dieser Billigkeitsgrund wird selten angewendet⁸⁰. Oftinger⁸¹ findet ihn nur gerechtfertigt, wenn keine Haftpflichtversicherungsdeckung besteht⁸².

Mir ist kein Urteil eines Kinder-Haftpflichtfalles bekannt, in dem aus diesem Grund der Schadenersatz reduziert worden ist.

VI. Weitere Faktoren, die im Rahmen des richterlichen Ermessens berücksichtigt werden

Als solche kommen z.B. eine Gefälligkeitshandlung des Schädigers gegenüber dem Geschädigten (die Gefälligkeitsfahrt des SVG wurde allerdings bei der Revision von 1975 gestrichen⁸³)⁸⁴, konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten⁸⁵, ein kon-

74 BGE 38 II 478.

75 Vgl. FN 72.

76 BGE 90 II 14/15; 100 II 338/339; anders ZR 66 Nr. 107 S. 215: Drohende Notlage durch Ersatz eines Schadens von Fr. 45'000.— durch Rückgriff auf 12jährigen wenig gemildert, denn dessen Erfolg scheint ungewiss. Herabsetzung um 1/5.

77 ZR 66 Nr. 107 S. 215.

78 BGE 100 II 338.

79 Vgl. dazu Oftinger I 273 f.; Keller 102; Stark 50 ff., 102; Deschenaux/Tercier 242.

80 Vgl. auch Oftinger, *Mélanges Savatier* 726.

81 II/2 645.

82 a.M. Stark 51; Rusconi 358; Tercier, ZSR 95 I 22 FN 82.

83 Dazu Oswald, ZBJV 111, 210 ff.; Tercier, *Nouvelles dispositions* 64 f.; Rusconi, *Nouvelles dispositions* 67 ff.

84 Vgl. Oftinger I 275/276; Pius Kost, *Die Gefälligkeit im Privatrecht mit besonderer Behandlung der Gefälligkeitsfahrt*, Diss. Freiburg 1973.

85 BGE 49 II 446: Das Bundesgericht berücksichtigt zugunsten des 13jährigen Haftpflichtigen,

kurrierender Zufall⁸⁶ und andere in Frage. Ein konkurrierender Zufall wird bei der Verschuldenshaftung nach Art. 43 I OR berücksichtigt. Bei der Kausalhaftung kann nur ein Zufall in Betracht gezogen werden, für den der Haftpflichtige nicht aufgrund des Haftungstatbestandes einzustehen hat. Dieser muss adäquat kausal sein. Die Reduktionsquote hat sich nach der Ursachenbeteiligung zu richten.

Abgelehnt hat das Bundesgericht die Mitwirkung des Zufalls, wenn ein 11-jähriger Junge beim Cowboy-Spiel mit Pfeil und Bogen einen Kameraden trifft⁸⁷. Gegenteilig und m.E. unzutreffend hat das Zürcher Obergericht im Falle der Übergabe eines Luftgewehrs durch einen 15-jährigen an einen 12-jährigen entschieden; wegen mitwirkenden Zufalls reduziert es den Schadenersatz um 1/5⁸⁸.

Drittverschulden oder Drittverhalten stellt *keinen* Herabsetzungsgrund dar, sondern führt zu solidarischer Haftung^{89,90}.

Eine scheinbare Ausnahme besteht bei der Verschuldenshaftung, wenn infolge des Drittverschuldens das Verschulden des Haftpflichtigen leichter erscheint (Verschuldenskonnexität). Dies ergibt sich aus Art. 43 I OR⁹¹. So kann z.B. das Verschulden eines Kindes geringer erscheinen wegen ungenügender Überwachung.

Kein Drittverschulden ist das Verschulden von Hilfspersonen; ihr Verschulden ist vielmehr dem Geschädigten anzurechnen⁹².

Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass dem verletzten Kinde, das (durch den gesetzlichen Vertreter) als Kläger auftritt, ein Fehler der aufsichtspflichtigen Personen (Eltern) nicht als Selbstverschulden entgegengehalten werden kann. Das Verschulden der Eltern ist ein Drittverschulden; d.h. der Schadenersatzanspruch des Kindes kann nicht gemindert werden mit der Begründung, dass es ungenügend beaufsichtigt worden ist, denn für diesen Umstand hat das Kind nicht einzustehen⁹³.

der mit dem Velo eine Frau anfährt, die durch das Fussleiden der Geschädigten bedingte Hilflosigkeit. Zur konstitutionellen Prädisposition vgl. Oftinger I 102 f., 280; Keller 101; Rusconi 354 f.; Giovannoni 274 ff.

86 Vgl. Oftinger I 97/98, 100/101, 278/279; Deschenaux/Tercier 240/241; BGE 89 I 497; 47 II 431; 45 II 315.

87 U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 10/11.

88 ZR 66 Nr. 107 S. 214.

89 Vgl. Oftinger I 281 f.; Keller 103. Eine Ausnahme bestand früher nach Art. 37 II MFG: BGE 63 II 62.

90 Wenn das Drittverschulden den Kausalzusammenhang unterbricht, dann besteht allerdings gar keine Haftung. Vgl. vorne S. 19.

91 Vgl. dazu Oftinger I 281; BGE 97 II 228; 66 II 119; 64 II 307; 60 II 155; 59 II 43/44; 55 II 88; 41 II 228; ZR 66 Nr. 107 S. 214/215.

92 Vgl. vorne S. 103.

93 Vgl. dazu BGE 95 II 259 ff.; 81 II 165 f.; 72 II 203 f.; 71 I 55/56; 63 II 62; 60 II 224; 58 II 35; 56 II 401; 41 II 227 f.; 33 II 500; 31 II 34/35; ZBJV 88, 488; in BGE 33 II 601 Frage offengelassen; vgl. auch Oftinger I 167, II/1 265 FN 133; Egger, Art. 333 N 23; Becker, Art. 44 N 14; Oser/Schönenberger, Art. 44 N 17; v. Büren 61; Schärer 31/32, 26; Des Gouttes/Gautier 171; Bussy N 23 ff. und SJK 912 N 47; Schwander 24, 36; Baur 59; Fischer 76; Frey 111 ff.; Labhart 77; Stocker 84 ff.; a.M. BGE 89 II 61; 24 II 214; SJZ 5, 315 Nr. 92; v. Tuhr/Peter 110.

Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung, wenn das Kind gestorben ist und die Eltern eigene Rechte (insbesondere Versorgerschaden) geltend machen⁹⁴. Den Eltern kann dann ihre Aufsichtspflichtverletzung entgegengehalten werden.

VII. Kollision von Haftungen⁹⁵

A. Ausgangspunkt

Zum Gebiet der Schadenersatzbemessung gehört auch die Kollision von Haftungen. Die Haftungskollision führt ebenfalls zur Herabsetzung des Schadenersatzanspruchs⁹⁶.

Kollision bedeutet die gegenseitige Einwirkung von Haftungen, wenn beim Schädiger und Geschädigten Haftungsgründe gegeben sind⁹⁷. Es erfolgt dann die gegenseitige Auseinandersetzung unter Schädigern, von denen mindestens einer einen Schaden erlitten haben muss. Dabei wird auch den (Kausal-)Haftungsgründen des Geschädigten Rechnung getragen. Man berücksichtigt den Umstand, dass der Geschädigte eine Mitursache des Schadens zu vertreten hat, für die er bei Schädigung eines Dritten haften würde. Der Geschädigte hat z.B. auch die seinem Motorfahrzeug innewohnende Betriebsgefahr als Herabsetzungsgrund anrechnen zu lassen.

Positivrechtlich lässt sich der Grundsatz des Einstehens für einen Teil des eigenen Schadens im Bereich der Kausalhaftungen wie im Rahmen der Verschuldenshaftungen aus Art. 44 I OR ableiten, wonach Umstände, für die der Geschädigte eintreten muss, zu einer Reduktion des Schadenersatzes führen⁹⁸. Alles weitere ist Sache richterlichen Ermessens. Bei der Kollision von Haftungen handelt es sich um ein allgemeines Problem. In unserem Recht sind jedoch nur zwei Sondertatbestände geregelt (Art. 61 SVG, 31 EHG). Gerichtspraxis und Literatur, namentlich Oftinger, haben generelle Richtlinien geschaffen.

Vorerst müssen die Voraussetzungen der Haftpflicht gegeben sein (keine Entlastung oder Befreiung), sonst entfällt die Haftung⁹⁹.

94 Vgl. insbes. BGE 58 II 35 und weitere in FN 93 zit. BGE.

95 Spezielle Literatur (die nicht schon im allgemeinen Literaturverzeichnis enthalten ist) zur Kollision:

- Kollisionen von Kausalhaftungen, Juristische Publikationen des ACS Heft 4, Bern 1971;
- R. Grec, La situation juridique du détenteur de véhicules automobiles en cas de collision de responsabilités, Diss. Lausanne 1969;
- G. Jakob, Unebenheiten zwischen dem SVG und dem EHG, SJZ 71, 233 ff.

96 Vgl. Oftinger I 282/283, 318; Stark 41; Keller 101, 290; Wyniger, Kollisionen (zit. FN 95) 6.

97 Oftinger I 315/316; vgl. auch Keller 286, 289/290; Wyniger, Kollisionen (zit. FN 95) 5; Jakob, SJZ 71, 233.

98 Vgl. BGE 88 II 134; 85 II 520; u.a. Portmann, ZBJV 90, 11 ff.; Stark 41 ff.

99 Oftinger I 316/317; Portmann, ZBJV 90, 3; Wyniger, Kollisionen (zit. FN 95) 8; SJZ 61, 224 Nr. 110.

Es ist zu beachten, dass stets dem zusätzlichen Verschulden des Kausalhaftpflichtigen das Verschulden seiner Hilfspersonen und anderer Personen, für die er eintreten muss, zuzurechnen ist^{100,101}.

B. Kollision von Verschuldenshaftungen

Als Beispiele sind hier zu nennen: Kinder fahren mit Velos, Kinderautos u. dgl. Fussgänger oder Radfahrer an. Eine Kollision von Verschuldenshaftungen liegt auch bei Sachschaden unter Motorfahrzeughaltern (Art. 61 II SVG) vor¹⁰².

Erleidet nur die eine Seite einen Schaden, so haben wir den normalen Fall einer Verschuldenshaftung mit Selbstverschulden vor uns. Wird für jeden Geschädigten der Schaden gesondert berechnet, so bestimmt sich hier gleichermassen die Schadensverteilung im Verhältnis, in dem das Verschulden eines jeden kausal am gesamten Verschulden beteiligt ist¹⁰³.

C. Kollision von Kausalhaftungen

1. Kollision von Gefährdungshaftungen

Das Verhalten eines Kindes kann auch eine Motorfahrzeughaftpflicht auslösen; es besteht deshalb die Möglichkeit einer Kollision mit einer anderen Gefährdungshaftung. Als Beispiel ist der Zusammenstoss zweier Automobile zu nennen¹⁰⁴.

Spezialbestimmungen über die Kollision von Gefährdungshaftungen sind enthalten in Art. 31 EIG, 61 I SVG (gegenseitige Schädigung elektrischer Anlagen bzw. Haftungskollision unter Motorfahrzeughaltern bei Personenschaden). Andere Möglichkeiten, z.B. Kollision infolge Zusammenstosses zwischen einem Motorfahrzeug und einer Eisenbahn, bleiben unerwähnt.

Auch die Betriebsgefahr des Fahrzeugs des Geschädigten hat mitgewirkt. Die beteiligten Betriebsgefahren sind nach ihrem Anteil an der Gesamtkausalität ab-

100 Oftinger I 318; Merz, ZBJV 111, 104, zu BGE 99 II 200 f.

101 Nicht zu verwechseln ist die Kollision von Haftungen mit dem Regress unter einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Vgl. Oftinger I 316; Jakob, SJZ 71, 233.

102 Vgl. Deschenaux/Tercier 269; Oswald, BJM 1967, 25; BGE 100 II 51 f.: Art. 61 II SVG ist nicht anwendbar, wenn ein Motorfahrzeug nicht in Betrieb und kein Vorgang nach Art. 58 II SVG gegeben ist.

Die Praxis hat diese Regelung auf das Verhältnis von Bahn und Motorfahrzeug bei Sachschaden erstreckt. Vgl. BGE 99 II 198; 93 II 125 ff.; Jakob, SJZ 71, 234 ff.; Keller 301/302.

103 Vgl. die Entscheide, Kinder betreffend, mit Quotenangaben vorne S. 98 ff.; Oftinger I 318/319; Deschenaux/Tercier 263/264; Keller 292; Portmann, ZBJV 90, 5.

104 Wobei der Halter geschädigt ist. Es erfolgt keine Anrechnung der Betriebsgefahr beim Führer.

zuwägen. Die Verteilung richtet sich nach der Grösse der Betriebsgefahren; danach ist der Verteiler nach der Grösse des zusätzlichen Verschuldens zu korrigieren. Bei gleich grossen Betriebsgefahren ohne zusätzliches Verschulden hat jeder die Hälfte zu tragen¹⁰⁵.

Nach dem neuen *Art. 61 I SVG* haben die beteiligten Halter den Schaden grundsätzlich nach Massgabe ihres Verschuldens zu tragen (gleich wie beim Sachschaden). Die Betriebsgefahren neutralisieren sich in der Regel, ausser besondere Umstände, namentlich sehr unterschiedliche Betriebsgefahren, rechtfertigen eine andere Verteilung¹⁰⁶. Diese Regelung wird getroffen, weil fehlende Verschuldensbeteiligung in der Praxis äusserst selten vorkommt. Oftinger kritisiert diese Bestimmung, die von der Praxis¹⁰⁷ ihrer Praktikabilität wegen vorausgenommen worden ist, denn das Kollisionsproblem sei ein allgemeines und es habe keine Entlastung ohne *Art. 59 I SVG* zu geben¹⁰⁸.

Im Falle der Kollision der Haftung des Motorfahrzeughalters mit derjenigen der Eisenbahn sind die Betriebsgefahren im Normalfall nicht gleichwertig und werden deshalb beachtlich. Das Bundesgericht nimmt im allgemeinen – ohne zusätzliches Verschulden – eine Verteilung von 2/3 zu 1/3 zu Lasten der Bahn an¹⁰⁹.

2. Kollision von gewöhnlichen Kausalhaftungen mit Gefährdungshaftungen

Zu denken ist hier an die Kollision der Haftung des Urteilsunfähigen, des Familienhauptes, des Tierhalters, des Geschäftsherrn, des Werkeigentümers mit derjenigen des Motorfahrzeughalters oder der Eisenbahn. In der Praxis treffen eine Tierhalter- und eine Motorfahrzeughalterhaftpflicht am häufigsten zusammen¹¹⁰. Rennt z.B. ein Kind, für welches das Familienhaupt nach *Art. 333 ZGB* haftet, in ein Auto, so stellt sich unser Problem nur, wenn der Halter, nicht aber, wenn das Kind geschädigt ist¹¹¹.

Die Verteilung richtet sich – ohne zusätzliches Verschulden, was jedoch selten ist – nach dem Anteil der Betriebsgefahr und der Unsorgfalt an der Verursachung. Es hat sich in der Praxis die Gewohnheit eines Schlüssels von 2/3 zu 1/3 zu Lasten

105 Vgl. *Art. 61 I SVG*, Fassung 1958; Oftinger I 320 ff.; Deschenaux/Tercier 265 ff.; zur Betriebsgefahr im speziellen Gschwend 11 ff. mit umfassenden Zitaten.

106 Vgl. Oswald, ZBJV 111, 214 ff.; Tercier, *Nouvelles dispositions* 65 ff., insbes. 69 ff.; Rusconi, *Nouvelles dispositions* 73 ff.; Gschwend 54, 68 ff., 107 ff.

107 BGE 99 II 97; 97 II 367.

108 Oftinger I 322 ff.; SJZ 71, 216; vgl. auch Merz, ZBJV 111, 101 ff., Berner Tage 105 ff.; Graff, JT 1974 I 457; zum Problem auch Rusconi, TCS 9/10; Tercier, *Nouvelles dispositions* 70 ff.

109 Vgl. BGE 94 II 178; 76 II 324; 67 II 187; Keller 300 f.

110 Vgl. BGE 85 II 247 (Zusammenstoss Pferd/Auto); ebenso ZBJV 93, 30/31; SJZ 61, 96 Nr. 58 (Zusammenstoss Kuh/Auto); ebenso BGE 77 II 43 ff.; vgl. auch Girsberger, Kollisionen (zit. in FN 95) 57 ff.

111 Vgl. dazu auch Baur 56 ff.

des Gefährdungshaftpflichtigen ergeben (dies vor allem bei Kollision Motorfahrzeughalter-/Tierhalterhaftpflicht)¹¹². Dieser Schlüssel ist nach dem Verschulden zu korrigieren¹¹³.

Vollen Schadenersatz gewährt das Bundesgericht¹¹⁴ einem bei einem Zusammenstoss mit einer Kuh schuldlos verletzten Motorfahrzeughalter, weil den Tierhalter, der Kühe in der Obhut eines 13jährigen Knaben in der Nähe einer Hauptverkehrsstrasse weiden lässt, ein grobes Verschulden trifft¹¹⁵.

Ein Vater haftet (solidarisch mit seinem Sohn, der mit einem für ihn zu grossen Velo den Sturz eines ihn überholenden Motorradfahrers verursacht) nur zu 1/4, weil den getöteten Motorradfahrer ein schweres Selbstverschulden trifft¹¹⁶.

3. Kollision von gewöhnlichen Kausalhaftungen miteinander

Kollisionen von milden Kausalhaftungen kommen verhältnismässig selten vor. Die Haftungen von zwei Tierhaltern können z.B. aufeinandertreffen, wenn die Hunde von beiden sich balgen und verletzen¹¹⁷. Geraten ein Kind und ein Hund aneinander, so treffen die Familienhaupt- und die Tierhalterhaftpflicht zusammen, wenn man die Situation vom geschädigten Tierhalter aus betrachtet. Nicht hierher gehört jedoch der Fall, dass zwei Kinder sich streiten und verletzen und die beiden Familienhäupter haften, denn das Familienhaupt auf der Geschädigten Seite ist nicht selbst geschädigt, sondern das Kind.

Ohne zusätzliches Verschulden, was selten vorkommt, hat jeder von jedem nur die Hälfte zugute¹¹⁸. Dies gilt in der Regel; das Verhältnis der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung kann freilich auch anders sein. Regelmässig liegt ein zusätzliches Verschulden vor, welches dann weitgehend den Ausschlag gibt¹¹⁹.

112 Vgl. dazu BGE 85 II 247; Oftinger I 330 f. und die dort zit. Autoren; Keller 297; a.M. Merz, ZBJV 94, 404/405; 96, 467/468.

113 Nach Deschenaux/Tercier (270) ist in Anlehnung an den revidierten Art. 61 I SVG zuerst nach der Grösse des Verschuldens zu verteilen und hernach nach dem objektiven Moment zu korrigieren.

114 BGE 77 II 43 ff.

115 Eigentlich ist hier gar keine Kollision von Haftungen gegeben, weil sich der Motorfahrzeughalter gemäss Art. 59 I SVG entlasten kann.

116 Vgl. BGE 67 II 56.

117 Je ein weiteres Beispiel der Kollision von gewöhnlichen Kausalhaftungen bei Keller 296 und Oftinger I 332.

118 Vgl. Keller 296; Portmann, ZBJV 90, 21.

119 Deschenaux/Tercier 270.

D. Kollision von Verschuldenshaftungen mit Kausalhaftungen

1. Kollision von Verschuldenshaftungen mit Gefährdungshaftungen

Ein Kind läuft in die Fahrbahn eines Motorfahrzeugs; ein jugendlicher Velofahrer verursacht einen Zusammenstoss mit einem Motorfahrzeug. Eine Kollision von einer Verschuldenshaftung mit einer Gefährdungshaftung ist im weiteren gegeben, wenn zwei Autos zusammenprallen und auf der einen Seite der Führer, der nicht Halter ist (oder ein Insasse), verletzt wird¹²⁰.

Ist der Verschuldenshaftpflichtige geschädigt, so haben wir das Problem des Zusammentreffens einer Kausalhaftung mit Selbstverschulden bereits behandelt¹²¹.

Ist der Motorfahrzeughalter geschädigt, so muss er – auch wenn er schuldlos ist – für einen Teil eintreten, nämlich für die Betriebsgefahr seines Motorfahrzeugs, im Verhältnis, als diese kausal war¹²². Es darf jedoch nicht, wie in einem Haftpflichtfall von Kindern, die sogenannte Betriebsgefahr eines Velosoles veranschlagt werden¹²³.

Zusätzliches Verschulden des Motorfahrzeughalters oder einer Person, für welche dieser eintreten muss, vergrössert seinen Anteil, denn es belasten ihn nun zwei Ursachen, den Verschuldenshaftpflichtigen nur eine¹²⁴.

Entscheide, in denen Kinder nach Art. 41 OR haften und ein Gefährdungshaftpflichtiger geschädigt ist, sind selten:

- Ein Knabe, der mit dem Velo mit einem Motorradfahrer, den ein schweres Selbstverschulden trifft, kollidiert, muss für 1/4 des Schadens (solidarisch mit Vater) eintreten; der Motorradhalter hat 3/4 selbst zu tragen¹²⁵.
- Ein 17jähriger, der ohne sich umzusehen die Fahrbahn betritt und mit einem mit 90 km/h heranfahrenden Auto zusammenstösst (Knabe schwer verletzt, Sachschaden am Auto) haftet, weil ihn ein schweres Verschulden trifft, nach Meinung des Gerichts ganz, wenn dem Autofahrer kein Verschulden nachgewiesen werden kann¹²⁶.

Zahlreich sind hingegen die Entscheide, in denen das Kind durch einen Gefährdungshaftpflichtigen geschädigt ist. Die folgenden Ersatzquoten können analog auf den Fall, dass auch der Gefährdungshaftpflichtige geschädigt ist, übertragen werden.

120 Vgl. BGE 92 II 42/43.

121 Vgl. vorne S. 103/104.

122 Vgl. Oettinger I 328/329 und Zitate; Keller 294 ff.; Deschenaux/Tercier 270/271; Fischer 125 ff.

123 BJM 1969, 29.

124 Vgl. FN 122 und vorne S. 103/104.

125 BGE 67 II 56: In diesem älteren Entscheid wird die Betriebsgefahr nicht erwähnt; die Verteilung erfolgt nach dem gegenseitigen Verschulden.

126 Sem.jud. 83, 139 ff.

- 10jähriger Radfahrer kollidiert auf Verzweigung (ohne sich umzublicken) mit vortrittsbelastetem Autocar. Schadenaufteilung (beidseitiges Verschulden): 1/5 Radfahrer, 4/5 Motorfahrzeughalter¹²⁷.
- 9 1/2jähriger, verkehrsgewohnter Stadtknabe rennt, von einem Lehrling verfolgt, blindlings hinter einer Hausecke hervor in ein Auto. Zu Lasten des Knaben geht 1/4, zu Lasten des Halters, der ein zusätzliches Verschulden zu vertreten hat, gehen 3/4¹²⁸.
- 12jähriger Knabe läuft vor ein Motorrad (als er den Bruder, der mit einem Heufuder nach links abbiegen will, vor einem von hinten nahenden Lastwagen warnt). Schadenaufteilung: 3/10 zu Lasten des Knaben, 7/10 zu Lasten des Halters (leichtes zusätzliches Verschulden)¹²⁹.
- 13jährige Gymnasiastin springt auf fahrenden Zug auf. 3/4 gehen zu Lasten der Gymnasiastin, 1/4 zu Lasten der Bahn (keine erhöhte Betriebsgefahr, kein zusätzliches Verschulden)¹³⁰.

2. Kollision von Verschuldenshaftungen mit gewöhnlichen Kausalhaftungen

Es kollidiert z.B. eine Haftung nach Art. 41 OR mit einer Haftung nach Art. 56 OR, indem z.B. ein jugendlicher Velofahrer in einen schlecht beaufsichtigten Hund fährt, oder eine Haftung nach Art. 41 OR mit einer Haftung nach Art. 58 OR, wenn eine jugendliche Liftbenutzerin verunfällt¹³¹.

Die Ersatzpflicht richtet sich nach Massgabe der zu vertretenden Ursachen. Es sind die Sorgfaltspflichtverletzung einerseits und das Verschulden anderseits gegeneinander abzuwägen. Zusätzliches Verschulden vergrössert den Anteil des Kausalhaftpflichtigen.

- Ein 12jähriger Sekundarschüler, der die Schraubenmutter eines Elektrizitätsmastes löst, haftet nur für 1/6 des Schadens, weil das nicht genügende Anziehen der Schraubenmutter einen schweren Werkmangel und ein schweres Selbstverschulden darstellt¹³².
- Ein Mädchen, das im Lift mit der Hand zwischen Schachtwand und Kabinendecke gerät (wir können uns denken, dass auch der Werkeigentümer geschädigt ist), hat 1/4 des Schadens zu tragen, der Werkeigentümer 3/4. (Es stehen sich ein leichtes Verschulden und ein Werkmangel gegenüber.)¹³³

127 JT 1973 I 450.

128 BGE 63 II 62.

129 BGE 62 II 317.

130 BGE 102 II 369.

131 Vgl. BGE 91 II 201 ff.

132 BGE 90 II 14.

133 BGE 91 II 211/212; vgl. auch Keller 292/293.

2. ABSCHNITT

HAFTPFLICHT FÜR IMMATERIELLE UNBILL

1. KAPITEL

IMMATERIELLE UNBILL UND GENUGTUUNG

§ 1 IMMATERIELLE UNBILL

Immaterielle Unbill liegt vor, wenn (infolge eines widerrechtlichen Verhaltens) das Recht der Persönlichkeit verletzt wird (Art. 28 ZGB). Eine Person hat dem Betroffenen Leid, Schmerz zugefügt, ihn gekränkt oder sonstwie in der Lebensfreude beeinträchtigt¹.

Das OR versteht unter Schaden nur den Vermögensschaden². Der Ausdruck "immaterielle Unbill" will den Gegensatz zum materiellen Schaden hervorheben³.

Immaterielle oder ideelle Einbussen lassen sich nicht abschliessend aufzählen. Im Gebiete des Haftpflichtrechts sind jene seelischen Nachteile von Belang, die durch eine Körperverletzung oder durch eine Tötung verursacht werden (Art. 47 OR). Unterschieden werden die ideellen Einbussen als Folge der Verletzung der körperlichen Integrität und die Zufügung rein seelischen Leids⁴. Zu den immateriellen Auswirkungen bei Körperverletzungen zählen körperliche Schmerzen, die Beeinträchtigung des Wohlbefindens durch Krankenlager, Operationen, Therapien, die vorübergehende oder gar dauernde Invalidität usw. Neben physischen Beeinträchtigungen gehören auch psychische Störungen dazu.

Der Verletzung der körperlichen Integrität ist die Verletzung der psychischen Integrität durch Zufügung seelischen Leids infolge Tötung eines Angehörigen gleichgestellt. Ähnlich schweres seelisches Leid durch schwerste Verletzung eines Angehörigen, etwa eines Kindes, wird indessen nicht berücksichtigt, wobei es nicht an berechtigten Stimmen fehlt, die lege ferenda auch für solche Fälle einen Genugtuungsanspruch zu gewähren⁵.

1 Vgl. Oftringer I 286/287.

2 v. Büren 84 spricht zwar bei immaterieller Unbill von Schaden an der Seele.

3 Des Gouttes, SJK 1141a, 5 N 20.

4 Winter 58 ff.

5 Cavin, Le dommage indirect dans le droit de la responsabilité civile, Referat am 7e Colloque Juridique International, Cannes 1974, in: Revue générale des Assurances Terrestres, Paris 1975, 78; Gilliard 258; Schwander 41 N 233.

§ 2 ZWECK DER GENUGTUUNG

Genugtuung wird für die im Gesetz vorgesehenen Tatbestände geschuldet (vgl. Art. 28 II ZGB, 47 und 49 OR u.a.).

Der für das Haftpflichtrecht insbesondere massgebende Art. 47 OR gibt dem Richter die Möglichkeit, dem Körperverletzten oder den Angehörigen eines Getöteten unter Würdigung der besonderen Umstände eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zuzusprechen⁶.

Genugtuung ist Wiedergutmachung von zugefügter immaterieller Unbill. Sie bezweckt deren Ausgleich. Durch eine Geldsumme sollen körperliche Schmerzen, seelisches Leid, verminderte Lebensfreude und weitere Ursachen seelischen Unbehagens ausgeglichen oder aufgewogen werden⁷.

Da Geld und immaterielle Unbill inkommensurable Grössen darstellen, kann es sich nicht um einen Ausgleich wie beim Schadenersatz handeln, sondern um einen Notbehelf⁸. Der Betroffene erhält durch die Genugtuungsleistung einen Vermögenszuwachs, welchen er zur Befriedigung beliebiger materieller und ideeller Genüsse verwenden kann. Diese Befriedigung soll seine Unlust aufwiegen und ihn besänftigen.

Die Genugtuung unterscheidet sich vom Schadenersatz, mag sie nun neben diesem oder mangels eines materiellen Schadens allein geschuldet sein. Während der Schadenersatz einen materiellen Nachteil voraussetzt, bezieht sich die Genugtuung auf eine immaterielle Unbill.

Der Schädiger, der den Geschädigten körperlich verletzt und ihm über den materiellen Schaden hinaus das Leben schwermacht hat, soll durch seine Leistung dazu beitragen, es ihm im Rahmen des Möglichen wieder leichter zu machen. Entsprechendes gilt für die leidgeprüften Angehörigen eines Getöteten.

Die Genugtuung ist ursprünglich aus dem mit Privatstrafe bezeichneten "Entschädigungs"recht hervorgegangen⁹. Ob ihr heute noch gewisse pönale Züge anhaften, ist fraglich. Die Genugtuung bezweckt vorab, immaterielle Unbill auszugleichen und nicht den Haftpflichtigen zu bestrafen. Der Ausdruck "Genugtuung" verschaffen deutet zwar darauf hin, dass das Institut nicht frei ist vom Buss- bzw. Satisfaktionscharakter¹⁰; durch ein Opfer des Verantwortlichen soll zugefügte seelische Beeinträchtigung gesühnt werden. Doch drängt die Doktrin

6 Blosser Sachschaden begründet keinen Anspruch auf Genugtuung, mag der Affektionswert eines verlorenen Schmuckstücks oder einer zerstörten Sammlung noch so gross oder die Beziehung zum getöteten Tier noch so eng gewesen sein.

7 Vgl. Oftinger I 289 f.; v. Tuhr/Peter 126; Tercier 98 ff.; Winter 36; BGE 97 II 349; 102 II 22.

8 Vgl. Stark 78; Engel 353/354; v. Büren 84; Winter 36.

9 Winter 31.

10 Der Grosse Duden 1965, Der Grosse Brockhaus 1930, Meyers Enzyklopädisches Lexikon 1974 erwähnen die Satisfaktion als Synonym. In der Busspraxis der katholischen Kirche hat Genugtuung Busscharakter als Tilgung von Sünden.

dieses Motiv immer mehr in den Hintergrund¹¹. Es ist heute weniger der Umstand, dass der Verantwortliche zahlen muss, der dem Betroffenen Genugtuung verschafft, sondern dass er zu Geld kommt, das er für Annehmlichkeiten verwenden kann. Zwar ist Geldleistung nur unvollkommener Ausgleich — kein Geld gleicht etwa den Verlust eines Auges aus —, doch ist sie durch keine bessere ersetzbar.

In den letzten 10–20 Jahren ist das Institut der Genugtuung bedeutsamer geworden. Dazu trugen die allgemeine Tendenz zum verstärkten Schutz der Persönlichkeit, die erhöhte Achtung vor dem individuellen Leben und der körperlichen Integrität bei.

Eingeleitet wurde diese Entwicklung auf dem Gebiete der Genugtuung durch Referate zum Schweiz. Juristentag 1960^{12,13}.

11 Oftinger I 291; Winter 37 ff.; Tercier 108, 209; Jäggi, ZSR 79 II 189a; Deschenaux/Tercier 88/89; v. Tuhr/Peter 127; Stark 78. Durch das Aufkommen der Haftpflichtversicherung entfällt das Satisfaktionsmotiv, indem die Genugtuung vom Kollektiv der Versicherten aufgefangen wird. Oswald, SVZ 44, 14 FN 45.

12 Vgl. vor allem das Referat Jäggi, ZSR 79 II 133a ff.

13 Erleichtert wurde dieser Trend durch das Bestehen der Haftpflichtversicherung, im Strassenverkehr durch das Obligatorium der Halter-Haftpflichtversicherung. Art. 63 ff. SVG.

2. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER HAFTPFLICHT FÜR IMMATERIELLE UNBILL

§ 1 ALLGEMEINES

Art. 47 OR schafft eine Sonderregelung zur Generalnorm des Art. 49 OR, die bei Verletzung in den "persönlichen Verhältnissen" u.a. eine Genugtuungsleistung vorsieht. Vorausgesetzt werden "besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens". Im Falle von Körperverletzung und Tötung, als qualifizierte Eingriffe in die persönlichen Verhältnisse, verzichtet Art. 47 auf die Voraussetzung der "besonderen Schwere". An deren Stelle müssen die "besonderen Umstände" eine Genugtuung rechtfertigen. Wir beschäftigen uns im folgenden lediglich mit dem bei haftpflichtigen Kindern und Familienhäuptern bzw. anderen Haftpflichtigen bedeutsamen Art. 47 OR. Diese Norm gilt bei Kausalhaftungen des gemeinen Rechts (OR/ZGB) und auch der Spezialgesetze, falls diese auf das OR verweisen¹⁴. Sie setzt die Haftung des Schädigers, eine immaterielle Unbill und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung und der seelischen Unbill voraus¹⁵.

§ 2 IMMATERIELLE UNBILL INFOLGE TÖTUNG ODER KÖRPERVERLETZUNG

Eine Tötung oder Körperverletzung muss die immaterielle Unbill verursacht haben¹⁶. Bei blossem Sachschaden fällt sie ausser Betracht. Der erlittene tort moral hat eine gewisse *Intensität* aufzuweisen, indem nicht jedes seelische Unbehagen, jeder kleine Schmerz Anspruch auf eine Genugtuung gibt¹⁷. Die Verletzung der Persönlichkeit muss von einer gewissen Schwere sein. Wohl erfasst die Würdigung der "besonderen Umstände" das subjektive Element der konkreten Lebensbeeinträchtigung gemäss

14 Vgl. Oftinger, Schweizerische Haftpflichtgesetze, Zürich 1967, Art. 47 OR FN 4; Stark 79 f. Eine Spezialvorschrift enthält Art. 8 EHG.

15 Vgl. Keller/Landmann, Tafeln 114a und b.

16 Aktivlegitimiert sind bei Tötung die Angehörigen, bei Körperverletzung nur der Verletzte, nicht aber die Eltern eines schwerverletzten Kindes. Vgl. Tercier, SJZ 68, 248 f.; Oftinger I 292.

17 v. Büren 279; nicht der Allerweltsschmerz.

Kinderhaftpflichtfälle: BGE 82 II 35; SJZ 71, 353/354 Nr. 149 = ZR 74 Nr. 25 S. 53/54.

der besonderen Individualität des Betroffenen. Es ginge jedoch zu weit, müsste der Betroffene alle wesentlichen Einzelheiten seiner Individualität, seiner intimen seelischen Privatsphäre vor dem Richter ausbreiten. Die Praxis folgt daher gröberen Kriterien; sie unterscheidet weniger zwischen psychisch Differenzierten und Undifferenzierten, wie sie auch – im Tötungsfalle – abnorme Reaktionen von Hinterbliebenen nicht berücksichtigt.

Analog Art. 42 I OR hat, wer Genugtuung beansprucht, die immaterielle Unbill zu beweisen¹⁸. In der Praxis wird eine solche bei einem einigermaßen schweren Körperverletzten und bei den Angehörigen eines Getöteten regelmässig als gegeben erachtet. Sie hat aber so beschaffen und so intensiv zu sein, dass sie der Wiedergutmachung durch eine Genugtuung ruft. Es handelt sich um ein weites Gebiet des richterlichen Ermessens, das aufgrund einer umfassenden Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles, insbesondere auch des Verschuldens, betätigt wird¹⁹.

§ 3 VERSCHULDEN

Das Bundesgericht setzt nunmehr bei einer Genugtuungsforderung gemäss Art. 47 OR kein Verschulden mehr voraus, und zwar weder beim Haftpflichtigen noch bei den Personen, für die er (z.B. als Familienhaupt) einzustehen hat²⁰. Dies gilt auch für Spezialgesetze, auf die Art. 47 OR anwendbar ist. Eine Ausnahme bildet Art. 8 EHG, der Verschulden voraussetzt. Bildet somit bei Kausalhaftungen ein Verschulden grundsätzlich nicht mehr Voraussetzung einer Genugtuung, so bleibt es doch nach wie vor in der täglichen Rechtsanwendung der selbst bei Kausalhaftungen meist vorhandene wichtige Faktor.

Auch ein nach Art. 54 OR Haftender kann zur Leistung einer Genugtuung verurteilt werden²¹. Bei urteilsunfähigen Minderjährigen spielt indessen die Billigkeitsnorm von Art. 54 OR praktisch keine Rolle²².

Das Familienhaupt haftet demnach für Genugtuung, selbst wenn es kein Verschulden trifft. Oft ist jedoch in der Sorgfaltspflichtverletzung ein zusätzliches Verschulden zu sehen²³.

Überwiegendes Selbstverschulden des Getöteten oder Verletzten schliesst nach der Gerichtspraxis die Genugtuung aus²⁴. Sonst hindert Selbstverschulden den Zu-

18 Vgl. Tercier 193/194.

19 Vgl. Oftinger I 297.

20 Vgl. BGE 104 II 264; 102 II 243; 81 II 518; 74 II 210; SJZ 64, 71 f. Nr. 42; ZBJV 62, 271, 274/275; Oftinger I 295 (vgl. aber 3. Aufl. I 262).

21 Vgl. BGE 74 II 210 ff.

22 Vgl. vorne S. 40.

23 So in SJZ 61, 162 Nr. 89.

24 Vgl. BGE 67 II 56.

spruch einer Genugtuung nicht²⁵. Es muss nur auf der Gegenseite durch das Verschulden des Schädigers und die Intensität der erlittenen Unbill mehr als aufgewogen werden. Überwiegt also das Verschulden des Haftpflichtigen – was selbst bei grobem Selbstverschulden der Fall sein kann –, dann ist eine Genugtuung gegeben; es greift nur eine Reduktion Platz²⁶. Was gilt indessen, wenn das Verschulden von Schädiger und Betroffenen ungefähr gleichwertig ist? Hier ist die Rechtsprechung unsicher. Es gibt Urteile, die bei dieser Sachlage eine reduzierte Genugtuung zuerkennen²⁷. Das Bundesgericht hat jedoch verschiedentlich bei gleichwertigem Verschulden dem Verletzten oder seinen Angehörigen eine Genugtuung versagt; dieser Teil der Erwägungen ist jedoch in den Urteilspublikationen regelmässig nicht enthalten²⁸. Diese unterschiedliche Würdigung gleichwertigen Verschuldens hat seinen Grund darin, dass der Richter neben dem Verschulden weitere Momente des konkreten Falles mitberücksichtigt.

Im Verhältnis Jugendlicher/Erwachsener ist weiter zu erwägen, dass die an sich gleiche Unsorgfalt auf beiden Seiten doch zu unterschiedlicher Verschuldensbewertung führen kann. Dies deshalb, weil bezüglich des Masses der erforderlichen Sorgfalt bei Jugendlichen geringere Anforderungen gelten als bei Erwachsenen, bei denen dasselbe schuldhaft Verhalten regelmässig schwerer bewertet wird²⁹.

Entgegen der Praxis des Bundesgerichtes möchte Oftinger³⁰ wegen Selbstverschuldens Genugtuung lediglich in Extremfällen verweigert sehen und nur eine angemessene Reduktion eintreten lassen. Stein³¹ postuliert Gleichbehandlung von Genugtuungs- und Schadenersatzansprüchen, indem auch bei überwiegendem Selbstverschulden bloss eine proportionale Kürzung stattgreifen solle. Solche Postulate verkennen den tiefgreifenden Unterschied zwischen Genugtuung und Schadenersatz. Immaterielle Unbill ist in Übereinstimmung mit der konstanten Gerichtspraxis nur dann durch eine Geldsumme zu Lasten des Schädigers aufzuwiegen, wenn das Selbstverschulden nicht überwiegt; denn nur dann besteht ein legitimes Genugtuungsbedürfnis. Eine Ausnahme wäre höchstens dann gerechtfertigt, wenn die immaterielle Unbill auch im Verhältnis zum Selbstverschulden extreme Ausmasse erreicht und das Verschulden des Haftpflichtigen nicht untergeordneter Natur ist.

25 BGE 82 II 35; U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 13; ZR 74 Nr. 25 S. 54.

26 Vgl. BGE 95 II 308; 84 II 299/300 und die in FN 25 zit. Entscheide.

27 BGE 102 II 21.

28 Vgl. dazu Hütte I 13 und SJZ 70, 277; ZR 58 Nr. 63 S. 139; Sem.jud. 80, 166.

29 Vgl. vorne S. 96/97.

30 I 296.

31 28.

§ 4 WEITERE VORAUSSETZUNGEN

Bei Jugendlichen fallen die verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen zwischen Ansprecher oder Getötetem und Schädiger in Betracht. Tod und Körperverletzung eines Angehörigen können für den Täter so schmerzlich sein, dass eine Genugtuung fehl am Platze schiene. Ob allein freundschaftliche Beziehungen eine Genugtuung ausschliessen, ist füglich zu bezweifeln; allein der Umstand, dass der Betroffene Genugtuung begehrt, spricht gegen ein hinreichend gefestigtes und nahes Freundschaftsverhältnis.

Spiele von Kindern und Jugendlichen sind leider häufig Anlass von Verletzungen. Hier gibt in der Regel erst die Würdigung aller Umstände die Grundlage für den Ermessensentscheid, ob ein Kind eine Genugtuung zu leisten habe³². Mitzubерück-sichtigen sind die Beziehungen, ein Verzeihen des Geschädigten, die Mittellosigkeit des Schädigers. Die für eine Reduktion der Genugtuung sprechenden Gründe können kumulativ eine Genugtuung als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, und zwar auch dann, wenn jeder Grund für sich allein nicht genügen würde³³.

§ 5 KASUISTIK

In den nachstehend aufgeführten Fällen jugendlicher Schädiger haben die Gerichte eine Genugtuung an den Betroffenen *nicht* zugesprochen:

- das Zivilgericht BS in BJM 1969, 23 ff. an einen Velosolexfahrer, der über eine Drachenschnur, die über die Strasse gespannt ist, stürzt und eine Beinfraktur erleidet³⁴;
- ein Freiburger Gericht in Extrait des Arrêts de Fribourg 1961, 5 an ein 10jähriges Kind, das durch einen gleichaltrigen Knaben mit einer Bleipistole am Auge verletzt wird (Verlust des Auges)³⁵;
- das Bundesgericht in BGE 67 II 56 an die Angehörigen eines Motorradfahrers, der bei Kollision mit einem 12jährigen Radfahrer tödliche Verletzungen erleidet;
- das Bundesgericht in BGE 62 II 72 ff. an ein Kleinkind, dem ein 8jähriges Mädchen mit einer Axt die Hand schwer verletzt³⁶;
- das Bundesgericht in BGE 49 II 439 ff. an eine 48jährige Fussgängerin, die von einem 13jährigen auf einem für ihn zu grossen Fahrrad umgeworfen und erheblich verletzt wird;

32 Dass das betroffene Kind die immaterielle Unbill noch nicht richtig empfinden kann, ist ohne Belang. BGE 88 II 461/462; SJZ 65, 297 Nr. 142.

33 Otfinger I 299; Tercier 216.

34 Vgl. auch Des Gouttes, SJK 1142a, 25 Nr. 571.

35 Vgl. auch Des Gouttes, SJK 1142a, 14 Nr. 476.

36 Vgl. auch Des Gouttes, SJK 1142, 13 Nr. 178.

- das Bundesgericht in BGE 32 II 459 ff. an einen 9jährigen, der durch ein Schrotkorn aus einer sogenannten Windbüchse eines 15jährigen Kameraden am Auge verletzt wird³⁷.

37 Vgl. auch Des Gouttes, SJK 1142, 13 Nr. 183.

3. KAPITEL

BEMESSUNG DER GENUGTUUNG³⁸

§ 1 BEMESSUNGSGRUNDLAGEN

Die im 2. Kapitel behandelten Voraussetzungen der Haftung für immaterielle Unbill bilden ihrerseits auch die Grundlage für die Bemessung der Genugtuung³⁹.

I. Immaterielle Unbill

Der für den Ausgleich angemessene Geldbetrag soll sich vorab an der Grösse, am Umfang und an der Dauer der immateriellen Unbill orientieren. Je intensiver die Unbill ist und je schwerer die Begleitumstände sind, desto höher ist grundsätzlich die Genugtuungssumme zu bemessen⁴⁰.

II. Verschulden und Selbstverschulden

Zu den Bemessungsfaktoren zählt, obschon bei Kausalhaftungen nicht Anspruchsvoraussetzung, das Verschulden des Haftpflichtigen. Je grösser sein Verschulden, je grösser seine Leichtfertigkeit, seine Rücksichtslosigkeit, desto höher fällt die Genugtuungssumme aus. Nun kann aber bei grösstem Verschulden der zugefügte tort moral gering, bei leichtem Verschulden hingegen äusserst intensiv sein. Trotz des Gewichts des Verschuldens bleibt doch das Ausmass der Integritätsbeeinträchtigung und des seelischen Leids in erster Linie Bemessungsfaktor⁴¹.

Ein Selbstverschulden des Verletzten schliesst die Zusprechung einer Genugtuung nicht aus; es darf nur nicht überwiegen⁴². Unsicherheiten und Unklarheiten ergeben sich vor allem bei der Wertung des Selbstverschuldens des Ansprechers⁴³.

38 Vgl. insbes. Hütte, SJZ 70, 273 ff.; zur Teuerung: Szöllösy, ZBJV 112, 29 ff.; zur Vorteilsanrechnung: Brehm, SJZ 65, 291 ff.; Winter, SJZ 67, 33 ff.

39 Oftinger I 302.

40 Vgl. Oftinger I 302, 305; Winter 93 ff.; BGE 104 II 190, 263; 102 II 243; U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 13.

41 Oftinger I 305.

42 Vgl. S. 119/120.

43 Das Selbstverschulden des Getöteten müssen sich die Hinterbliebenen entgegenhalten lassen.

Im Einzelfall müssen das Verschulden des Haftpflichtigen und das Selbstverschulden gegeneinander abgewogen werden.

Wie bereits ausgeführt, kann die an sich gleiche Unsorgfalt auf beiden Seiten zu unterschiedlicher Bewertung führen, weil bezüglich des Masses der erforderlichen Sorgfalt bei einem Jugendlichen geringere Anforderungen gestellt werden.

Nicht leicht zu entscheiden sind die leider nicht seltenen Fälle, in denen ein Jugendlicher einen etwa gleichaltrigen Kameraden beim Spiel mit einem Luftgewehr (Pistole, Armbrust u.a.) am Auge verletzt. Neben dem intensiven tort moral (Verlust des Auges im jugendlichen Alter) ist das Verschulden abzuwägen. Beide, Schädiger und Betroffener, sind am Spiel beteiligt gewesen; der Betroffene hat sich, wie alle Teilnehmer, dem Risiko einer Verletzung meist fahrlässigerweise ausgesetzt. Nach den Umständen sind Verschulden des Täters und Selbstverschulden des Geschädigten vielfach ungefähr gleich zu bewerten, was eine Genugtuung nach vorherrschender Praxis an sich nicht von vorneherein ausschliesst⁴⁴.

Das Zürcher Obergericht⁴⁵ hat in einem solchen Fall das Verschulden des Schützen mit Rücksicht auf sein Alter und seine Entwicklung als leicht bewertet und deshalb den Genugtuungsanspruch analog Art. 43 I OR um einen Drittel reduziert. Sodann hat es, ähnlich wie bei der Schadenersatzbemessung, wegen des gleichwertigen Selbstverschuldens weiter halbiert. Es hat dem Betroffenen eine Genugtuung in der Höhe von einem Drittel dessen zugesprochen, was bei alleiniger voller Haftbarkeit des Täters zuzuerkennen gewesen wäre⁴⁶.

III. Weitere Gesichtspunkte

Die neben der Schwere und Intensität der immateriellen Unbill und dem Verschulden im Einzelfall auch bei der Bemessung zu würdigenden "besonderen Umstände" sind vielfacher Art; sie lassen sich nicht abschliessend aufzählen. Bei Verletzungen aus Anlass kindlicher Spiele gestattet erst die Würdigung aller Umstände die Festsetzung einer angemessenen Geldsumme. So sind zum Teil analog den Grundsätzen über die Schadenersatzbemessung speziell bei Jugendlichen in Betracht zu ziehen: die Mittellosigkeit des Verantwortlichen, die sonstigen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf seiten des Betroffenen und des Verantwortlichen⁴⁷.

Analog Art. 44 II OR ist die Genugtuungssumme zu ermässigen, wenn der nicht grob fahrlässig Handelnde durch die Leistung einer Genugtuung in eine Notlage versetzt würde. Kinder und Jugendliche sind in der Regel mittellos. Nach der Praxis

44 Vgl. vorne S. 120.

45 ZR 74 Nr. 25 S. 53/54.

46 Vgl. im weiteren BGE 104 II 190.

47 Oftinger I 305/306; Tercier 264; ZR 56 Nr. 101 S. 213. Ein in guten Verhältnissen lebender Schädiger wird zu höheren Leistungen herangezogen werden können als eine selber bedürftige Person: BGE 74 II 214.

wird die Aussicht auf künftige materielle Besserstellung kaum berücksichtigt⁴⁸; sie wäre unter Umständen dann gerechtfertigt, wenn sich der Schädiger dem Eintritt ins Erwerbsleben nähert. Das Moment der Notlage tritt wegen der sich verbreitenden Haftpflichtversicherung in den Hintergrund.

Die Verkettung unglücklicher Umstände und die Mitwirkung des Zufalls sind mildernd zu berücksichtigen. Einbezogen werden auch die menschlichen Beziehungen⁴⁹ zwischen den Parteien u.a.m.

Das Zürcher Obergericht⁵⁰ hat dem jugendlichen Schädiger das korrekte Verhalten nach dem Unfall zugute gehalten, indessen beigelegt, dies könne gegenüber der Schwere und dauernden Beeinträchtigung des Verletzten nicht sonderlich ins Gewicht fallen.

Ist das Ausmass des tort moral noch ungewiss (das verletzte Auge kann völlig erblinden), so ist auch für die Genugtuung ein Nachklagevorbehalt gemäss Art. 46 II OR auszusprechen⁵¹.

§ 2 HÖHE DER GENUGTUUNGSSUMME UND KASUISTIK

I. Allgemeines

Aufgrund der sub § 1 hievor erwähnten Bemessungsgrundlagen ist der im Einzelfall angemessene Geldbetrag zu bestimmen. Eigentlich haben seelisches Unbehagen, Schmerz und Leid keinen Marktwert. Die "Geldwertlosigkeit" des tort moral zwingt zu einer künstlichen Bewertung, zu einer sozialen Wertentscheidung⁵², zu einem Ermessensentscheid. Da ein gesetzlicher Bewertungsmassstab fehlt, zeigen sich unterschiedliche Auffassungen über die Höhe des Genugtuungsbetrages mit entsprechend unsicherer und schwankender Gerichtspraxis⁵³. Diese hat leider ein beachtliches Mass an Rechtsunsicherheit und einen Mangel an Vorausschaubarkeit zur Folge.

Es lässt sich nicht abstrakt sagen, ob ein bestimmter Geldbetrag als Genugtuung unangemessen hoch oder tief sei. Solches gestattet nur ein Vergleich mit Präjudizien, die sich bei ungefähr gleichen oder ausreichend ähnlichen Fällen um einen Durchschnittssatz einpendeln sollten. Aber selbst das Bundesgericht überrascht bald durch hohe, bald durch tiefe Genugtuungssummen. Kantonale Gerichte weichen ihrerseits teilweise von letztinstanzlichen Präjudizien ab, und das oberste Gericht toleriert solche Erkenntnisse mit der Begründung, die Genugtuung sei zwar hoch oder

48 Vgl. vorne S. 40.

49 Enge menschliche Beziehungen zwischen dem Ansprecher oder Getöteten und dem Haftpflichtigen sind als Reduktions- oder Ausschlussgrund zu würdigen: BGE 58 II 344.

50 ZR 74 Nr. 25 S. 54.

51 SJZ 61, 137, 139 Nr. 77.

52 Harbauer, VersR 1969, 590.

53 Vgl. Otfinger I 304, 309 ff.; Tercier 268 ff.

bewege sich an der oberen Limite, doch habe die Vorinstanz die Grenzen ihrer Ermessensfreiheit nicht überschritten⁵⁴.

Die Präjudizien-Vergleichsmethode setzt voraus, dass sich die Entscheide überhaupt in eine brauchbare Systematik stellen lassen und die Motive hinreichend Aufschlüsse erteilen.

Obwohl eine Tarifierung⁵⁵, Taxen oder ein starres Schema abzulehnen sind, da kaum je zwei Tatbestände identisch und die konkreten Umstände zu würdigen sind, ist für ähnlich liegende Fälle eine rechtsgleiche Behandlung anzustreben.

Hinsichtlich der objektivierbaren Merkmale des tort moral sollte sich ein allgemeiner Konsens über die Angemessenheit bestimmter Richtbeträge bilden. Diese wären dann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles in gewissen Grenzen zu erhöhen oder zu reduzieren. Zwar wird bei der Genugtuung kaum je hinreichende Harmonie der Urteile und entsprechende Rechtssicherheit erreicht werden können, wie etwa beim Sachschaden, doch erfordern Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ein gewisses Mindestmass an Gleichbehandlung.

Eine communis opinio über die Angemessenheit gewisser Richtansätze ist heute kaum erreicht. Vielmehr votieren einige spezialisierte Anwälte für höhere Genugtuungssummen⁵⁶. Selbst Wissenschaftler befürworten namhafte Beträge⁵⁷. Immerhin folgert Oftinger⁵⁸ aus der Ausgleichsfunktion, dass man gewisse Grenzen nicht überschreiten dürfe.

In zahlreichen Urteilen des letzten Jahrzehnts haben die Gerichte in angemessenem Rahmen die Teuerung und Geldentwertung berücksichtigt. Jedenfalls sind früher, d.h. vor 1960, zugesprochene Beträge heute kaum mehr Leitwerte. Dies schadet nicht, da in Todes- oder Invaliditätsfällen angesichts deren tragischer Häufigkeit genügend Präjudizien jüngerer Datums zur Verfügung stehen.

Urteile, in denen einem Jugendlichen oder dem Familienhaupt Genugtuungsleistungen auferlegt werden, sind indessen nicht sehr zahlreich. Sie sind immerhin fast durchwegs jüngerer Datums. Ein Präjudizienvergleich ist jedoch dadurch erschwert, dass in diesen Fällen die konkreten Verumständungen verstärkt berücksichtigt werden.

54 Z.B. BGE 96 II 235/236.

55 Ein Rahmentarif käme nach Hütte, SJZ 70, 275, nur im Falle der Genugtuung bei Körperverletzungen (Grad der medizinisch-theoretischen Invalidität) in Frage.

56 Z.B. Stein 28.

57 Oftinger I 303, 308; Tercier 247.

58 I 308.

II. Rahmenbeträge

Die Summen an *Körpergeschädigte* schwanken von wenigen hundert Franken bei Leichtverletzten bis zu einigen zehntausend Franken in Extremfällen Schwerstinvaliden⁵⁹.

Bei kleinen Invaliditäten ist Zurückhaltung festzustellen. Die Genugtuungssummen bewegen sich im Rahmen einiger weniger hundert Franken bis gegen Fr. 5'000.—, vor allem je nach Schwere der Invalidität und des Verschuldens.

Bei schweren Invaliditäten bildet im vergangenen Dezennium das Urteil des Bundesgerichts i.S. Besson⁶⁰ die allgemeine Richtschnur: Bei einem infolge Erblindung Vollinvaliden wird eine Genugtuung von Fr. 25'000.— als angemessen erachtet, welcher Betrag in schweren Fällen in der Folge nur ausnahmsweise überschritten wird. Abgesehen von Extremfällen⁶¹ bewegen sich auch heute noch die Genugtuungssummen bei erheblichen Dauerfolgen zwischen Fr. 10'000.— und Fr. 25'000.—.

Grosse Unterschiede, die sich einerseits durch die Besonderheiten der konkreten Umstände und anderseits durch deren recht unterschiedliche richterliche Würdigung erklären, bestehen bei Summen, die Angehörigen von tödlich verunfallten Personen zugesprochen werden. Witwen von *Getöteten* werden Fr. 8'000.— bis Fr. 20'000.— zugesprochen⁶². In gleichwertigem Rahmen liegen die Summen je Elternteil bei Todesfällen von Kindern. Weniger wird Kindern beim Verlust von Vater oder Mutter zugesprochen.

Zurückhaltend ist die Praxis gegenüber erwachsenen Geschwistern⁶³. Sie setzt normalerweise voraus, dass die Geschwister im gemeinsamen Haushalt lebten oder sonst enge familiäre Beziehungen unterhielten. Einer Schwester oder einem Bruder werden in der Regel Fr. 1'000.— bis Fr. 2'000.—, seltener Fr. 3'000.— zugesprochen.

Genugtuungen in Tötungsfällen sind bei der Haftung von Kindern und Jugendliche ausserordentlich selten.

Vor allem früher wurden Kinder und Jugendliche nur bedingt auf Genugtuung in Anspruch genommen. Wie im 2. Kapitel dargetan, wurde mehrfach gegenüber Erwachsenen, wenn solche überhaupt eine Genugtuung zu Lasten des Jugendlichen begehrten, eine solche abgelehnt. Und wenn einem etwa gleichaltrigen Geschädigten ein Betrag zuerkannt wird, dann jedenfalls nur zu einem Teil des normalen Richtbetrages. Beispielsweise führen eine milde Verschuldensbewertung, das Selbstverschulden des Verletzten u.a. zu zum Teil erheblichen Reduktionen des sonst üblichen Genugtuungsansatzes.

59 Vgl. die Kasuistik-Aufstellungen bei Hütte, III. 1. ff.; Stein 41 ff.; Oftinger I 311 ff.

60 BGE 89 II 26 = Sem.jud. 85, 541 f.

61 SJZ 62, 384.

62 Vgl. z.B. BGE 104 II 264; 101 II 355.

63 BGE 89 II 401; Sem.jud. 86, 237.

III. Kasuistik

Kinder als Haftpflichtige

BGE 104 II 190

Für den Augenverlust eines 9jährigen Knaben anlässlich des Pfeil-und-Bogen-Spiels dreier 9jähriger Knaben erachtet das Bundesgericht eine Genugtuungssumme von Fr. 8'000.— als angemessen.

U des BGer vom 6. Juli 1976 i.S. Dunkel gegen Bühlmann S. 13

Fr. 7'000.— Genugtuung spricht das Bundesgericht einem 11 1/2jährigen zu, den ein 11jähriger beim "Cowboy"-Spiel am Auge verletzt.

BGE 82 II 35

Das Bundesgericht hat einem 44jährigen Mann zu Lasten eines jungen Skifahrers ein Schmerzensgeld von Fr. 1'000.— zugesprochen (mit Berücksichtigung des langen und schmerzhaften Krankenlagers, des bleibenden Schadens an einem Bein sowie des Selbstverschuldens).

ZR 74 Nr. 25 S. 53/54 = SJZ 71, 351 f. Nr. 149

Das Obergericht Zürich hat für den Augenverlust eines 12jährigen Knaben anlässlich eines "Chriegerlspiels" anstelle der geforderten Fr. 10'000.—, die bei alleiniger Haftbarkeit des Beklagten als angemessen zu bezeichnen wären, lediglich Fr. 3'000.— zu Lasten des 10 1/2jährigen Kameraden zugesprochen.

U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 38/39

Die Genugtuungssumme bei einer Augenverletzung eines 12jährigen, die er sich beim Kriegspiel mit Luftgewehr zugezogen hat, beträgt mit Berücksichtigung des Selbstverschuldens Fr. 8'000.—.

U des Zivilamtsgerichts Bucheggberg-Kriegstetten vom 25. September 1963

Für den 80%igen Verlust des Auges (16jährige Lehrlinge bewerfen sich in einer Arbeitspause mit Kastanien) spricht das Gericht unter Berücksichtigung des Selbstverschuldens Fr. 2'500.— zu.

Familienhaupt

BGE 100 II 300

Die Vorinstanz auferlegt dem Vater eines 15jährigen Knaben, der mit dem Luftgewehr einem 13jährigen eine Augenverletzung beibringt, eine Genugtuung von Fr. 7'685.—⁶⁴.

BGE 79 II 355

Der Onkel als Familienhaupt hat für den tödlichen Ausgang einer Schussverletzung Fr. 1'000.— Genugtuung zu leisten.

SJZ 61, 162 Nr. 89

Das Familienhaupt, das Sprengmaterial in einer Kindern zugänglichen Garage aufbewahrt, wird zu einer Genugtuung von Fr. 5'000.— an den Geschädigten, dem durch die Explosion vier Finger der linken Hand verstümmelt werden, verurteilt.

Andere Haftpflichtige

66 II 121

Garagisten, die leere offene Benzinfässer auf einem öffentlichen Platz lagern, haben dem erheblich am Bein verletzten Knaben eine Genugtuung von Fr. 1'000.— zu entrichten.

ZBJV 76, 31

Der Geschäftsherr, der einen 16jährigen Hausburschen und Portier mit dem Velo Besorgungen verrichten lässt, haftet auch für Genugtuung (Betrag nicht beziffert!).

⁶⁴ Eine Erklärung des ungeraden Betrages wäre erwünscht. Vgl. Merz, ZBJV 112, 68. Nach Rusconi, TCS 70, wären Fr. 15'000.— angemessen.

3. ABSCHNITT

MEHRHEIT VON ERSATZPFLICHTIGEN

1. KAPITEL

TATBESTANDSGRUPPEN

Ein Kind kann durch sein Verhalten die Ersatzpflicht mehrerer auslösen. Es lassen sich folgende Tatbestandsgruppen bilden:

1. Mehrere sind aus *Verschulden* haftpflichtig. Handeln die Schädiger in gewolltem bewusstem Zusammenwirken, so spricht man von einem *gemeinsamen* Verschulden (Art. 50 OR)¹. Dies ist der Fall beim Anstifter, Urheber und Gehilfen sowie bei mehreren in einen Raufhandel verwickelten Personen und z.B. den Spielern eines Eishockey-Matches, in dessen Verlauf ein Zuschauer verletzt wird².

Wenn drei Knaben in einer Scheune mit Zündhölzern spielen und die Scheune abbrennt, so liegt gemeinsames Verschulden vor, auch wenn nur einer das brennende Zündholz geworfen hat. Sie haben in gemeinsamem Einvernehmen gehandelt, beseelt vom einheitlichen Willen, gemeinsam ein gefährliches Spiel zu treiben³.

Wenn sich drei Knaben mit Pfeil und Bogen vergnügen mit der Folge eines Unfalles, so liegt gemeinsames Verschulden vor und nicht das alleinige des in concreto treffenden⁴.

Hingegen handelt es sich um *selbständiges* Verschulden, wenn die Schädiger unabhängig voneinander den Schaden verursacht und sich die Wirkungen verschiedener schuldhafter Handlungen zum Erfolg lediglich summiert haben⁵. Der jugendliche A leiht dem jugendlichen B ein Gewehr, B stiftet Schaden damit⁶. Garagisten lagern auf einem öffentlichen Platz leere offene Benzinfässer; ein Knabe hält ein brennendes Zündholz in die Öffnung, wodurch eine Explosion entsteht und ein Dritter verletzt wird⁷.

2. Mehrere *Kausalhaftpflichtige* konkurrieren.

Die Väter zweier Buben haften nach Art. 333 ZGB, weil z.B. die beiden zusammen ein Haus angezündet oder sich gegenseitig mit Steinen beworfen haben,

1 Vgl. dazu Oftinger I 334/335; Becker und Oser/Schönenberger je zu Art. 50 OR; Gilliard 261 f.; Jansen 16; Corboz 43 ff.; Hans Jakob Zellweger, Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss. Bern 1972, 45 f.

2 BGE 79 II 73; vgl. auch U des BGer vom 7. Oktober 1952: Jugendliche beim Fussballspiel.

3 BGE 100 II 337.

4 BGE 104 II 187; vgl. auch U des KtGer VS vom 24. November 1978 i.S. Mariéthod c. Glassey et Délèze S. 22, 24; weiteres Beispiel in BJM 1969, 23 ff.: Jugendliche beim Drachenspiel.

5 Vgl. dazu Oftinger I 335, 341; Becker, Art. 51 N 10; Guhl/Merz/Kummer 195.

6 Vgl. ZR 66 Nr. 107 S. 210 ff. und auch BGE 29 II 304.

7 BGE 66 II 116 ff.

wodurch ein Dritter verletzt worden ist⁸. Zu denken ist auch an das Zusammenkommen eines Tierhalters und eines Familienhauptes — ein Knabe hetzt den Hund eines Tierhalters, der nicht sein Familienhaupt ist, auf andere Kinder —, eines Familienhauptes und eines Geschäftsherrn⁹ oder eines Familienhauptes und eines Urteilsunfähigen¹⁰. Ein Motorfahrzeughalter und ein Familienhaupt sind z.B. verantwortlich für den Schaden durch ein Motorfahrzeug, das einem Kind ausweicht¹¹. Denkbar sind auch Fälle zweier Motorfahrzeughalter: Ein Kind greift ins Steuerrad; infolge eines Schwenkers kollidiert das Motorfahrzeug mit einem anderen, wobei ein Dritter (z.B. Insasse) verletzt wird; oder ein Kind rennt auf die Strasse, wodurch zwei Halter für den Schaden eines Dritten haften.

3. Ein *Verschuldenshaftpflichtiger* tritt neben einen *Kausalhaftpflichtigen*. Dies trifft zu, wenn ein Familienhaupt und ein Kind (z.B. für den Schaden mit einem Luftgewehr oder Velo) haften. In der Praxis tritt dieser Fall noch am häufigsten auf¹². Ein Motorfahrzeughalter und ein Kind haften, wenn im oben erwähnten Beispiel anstelle des Familienhauptes das Kind selbst nach Art. 41 OR verantwortlich ist.
4. Es konkurrieren andere Ersatzpflichtige, indem sie aus *Vertrag* (Versicherungsvertrag) oder nach einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, namentlich öffentlichen Rechts, Schadenersatz zu leisten haben. Aus der Vielfalt von Möglichkeiten ist zu nennen: Für den Schaden, der durch einen von einem Kind verursachten Brand entstanden ist, hat auch die Brandversicherung oder für den Schaden durch ein Kind an einem Automobil die Kaskoversicherung aufzukommen. Solche Subjekte werden nicht Haftpflichtige, sondern Ersatzpflichtige genannt¹³. Sie fallen nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

8 BGE 38 II 477/478 stützt sich auf die Verschuldenshaftung und spricht unzutreffenderweise von einem gemeinsamen Verschulden.

9 Vgl. dazu Meyer-Wild 220.

10 In der Praxis werden allerdings die Voraussetzungen von Art. 54 OR als nicht gegeben erachtet, solange gegen das Familienhaupt ein Anspruch besteht. Vgl. S. 39.

11 Vgl. Sem.jud. 85, 384 ff.

12 Vgl. z.B. BGE 67 II 52 ff.; 49 II 439 ff.

13 Oftinger I 336 FN 7.

2. KAPITEL

AUSSENVERHÄLTNIS

SOLIDARITÄT

Ein Drittverschulden oder eine Drittverursachung ist – wie bereits erwähnt – kein Reduktionsgrund; eine Mehrheit von Haftpflichtigen haftet dem Geschädigten gegenüber *solidarisch*¹⁴. Im Haftpflichtrecht geht dies aus Art. 50 I und indirekt aus Art. 51 OR¹⁵ hervor. Solidarität statuieren im übrigen verschiedene spezialrechtliche Vorschriften, wie z.B. Art. 60 I und 61 III (neu) SVG¹⁶. Der Grundsatz der Solidarität gilt im ganzen Haftpflichtrecht, so dass von einem ungeschriebenen Fundamentalsatz gesprochen wird¹⁷.

Beim System der *Anspruchskonkurrenz*^{18,19} oder Solidarität hat jeder Ersatzpflichtige grundsätzlich für den ganzen Schaden einzustehen (Art. 143 I). Es soll damit die Stellung des Geschädigten verbessert werden, der sich an den Haftpflichtigen seiner Wahl wenden kann. Er erhält jedoch nicht mehr als den von ihm erlittenen Schaden ersetzt. Die Leistung eines Pflichtigen befreit insoweit alle andern gegenüber dem Geschädigten²⁰.

Es wird zwischen *echter* und *unechter* Solidarität unterschieden²¹. Als echte bezeichnet man die Solidarität nach Art. 143 OR, die entweder auf Parteiwillen oder auf (ausdrücklicher) gesetzlicher Vorschrift wie Art. 50 OR und Art. 60 I SVG, 61 III (neu) SVG beruht. In den anderen Fällen, für die das Gesetz nicht ausdrücklich Solidarität statuiert, wie Art. 51 OR, liegt unechte vor. Art. 51 OR verwendet den Ausdruck “Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen”. Man unterscheidet die echte Solidarität von der unechten, indem bei der ersteren die Schuldner aus dem gleichen Rechtsgrund, bei der zweiten aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Allerdings wird im Falle von Art. 60 I SVG auch bei Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen echte angenommen (wenn z.B. ein Motorfahrzeughalter

14 Vgl. vorne S. 106.

15 Denn Regress setzt extern Solidarität voraus. Vgl. insbes. Stucki 57, 78; Zellweger (zit. in FN 1) 43; BGE 41 II 228.

16 Vgl. Oswald, ZBJV 111, 212 ff.; Tercier, Nouvelles dispositions 72 ff.; Rusconi, Nouvelles dispositions 70 ff.

17 Oftinger I 337.

18 Anspruchskumulation sieht dagegen Art. 96 VVG bei Beteiligung einer Personenversicherung vor.

19 Es geht um die passive subjektive Anspruchskonkurrenz. Vgl. Jansen 26/27; Stucki 12/13.

20 BGE 93 II 322, 333; BGE 41 II 228; Oftinger I 345.

21 Vgl. BGE 97 II 343/344; 93 II 322; 43 II 211/212; Oftinger I 338 ff.; Gilliard 259 ff.; Deschenaux/Tercier 275; Jansen 27 ff.; Zellweger (zit. in FN 1) 42 ff.; Corboz 27 ff.

und ein Kind nach Art. 41 OR haften). Überdies scheint nicht ganz klar zu sein, was unter "Rechtsgrund"²² wirklich zu verstehen ist.

Jedenfalls haften zwei aus derselben Gruppe, doch unabhängig voneinander Haftende²³, wie z.B. zwei aus selbständigem Verschulden oder zwei Familienhäupter (zweier verschiedener Knaben, die zusammen einen Schaden verursacht haben)²⁴, gleichwohl unecht solidarisch. Unecht solidarisch haften auch ein Familienhaupt und ein Tierhalter oder Geschäftsherr, nicht hingegen ein Familienhaupt und ein Motorfahrzeughalter (nach Art. 60 I SVG).

Ferner besteht unechte Solidarität zwischen einem Familienhaupt und einem Kind, das nach Art. 41 OR haftet²⁵, bzw. zwischen einem Geschäftsherrn (oder Tierhalter ...) und seiner Hilfsperson usw.

Unterschiedliche Auswirkungen zeigen sich vor allem bei der Verjährung und der Rechtsnatur des Regressanspruchs²⁶. Die Verjährung, die gegenüber einem Schuldner unterbrochen wird, wird es bei der unechten Solidarität nicht automatisch (wie bei der echten gemäss Art. 136 I OR) gegenüber allen Schuldnern, sondern sie muss gegenüber jedem einzeln unterbrochen werden.

Bei der unechten Solidarität tritt keine Subrogation des Regressberechtigten in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers (wie bei der echten gemäss Art. 149 I OR) ein, sondern es besteht ein Regress aus eigenem Recht. Doch gerade beim Regress des Schadensversicherers findet dennoch Subrogation gemäss spezialgesetzlicher Vorschrift (Art. 72 VVG) statt.

Bei der unechten Solidarität erfolgt die Schadenersatzbemessung für jeden Haftpflichtigen individuell, was bei der echten nicht allgemein anerkannt ist²⁷.

Es gelten im Aussenverhältnis die allgemeinen Regeln der Schadenersatzbemessung (Art. 43, 44 OR).

Erfährt z.B. ein Haftpflichtiger eine Reduktion wegen geringen Verschuldens, was gerade bei Kindern in der Regel der Fall ist, so besteht für ihn und mit ihm nur

22 Das Bundesgericht versteht darunter die Entstehungsgründe. Vgl. Stucki 27 FN 45, 29 FN 52, 78.

23 Becker, Art. 51 N 9 ff. nennt diese Fälle unechter Solidarität eintypische im Gegensatz zu mehrtypischen.

24 Unzutreffend BGE 38 II 477, der in bezug auf die Haftung von zwei Familienhäuptern nach Art. 61 aOR "zusammenwirkendes Verschulden Mehrerer" angenommen hat. Anders verhält es sich jedoch, wenn eine Mehrheit von Personen Haftpflichtsubjekt ein und denselben Hausgenossen ist, z.B. zwei Brüder, die zusammen ein Internat leiten. Gilliard 260. Falls die Eltern künftig nach Art. 333 ZGB gemeinsam als Familienhäupter auftreten, so haften sie echt solidarisch.

25 Ausdrücklich gesagt wird dies in BGE 43 II 211 und ZBJV 63, 87; in den anderen Fällen wird lediglich von Solidarität gesprochen: BGE 67 II 49 ff.; ZBJV 59, 44/45; vgl. dazu auch Bussy N 37; Schwander 24; Petitpierre 75a.

26 Statt vieler Oftinger I 339; Corboz 59 ff.

27 So in BGE 97 II 414 ff. Für individuelle Schadenersatzbemessung auch bei der echten Solidarität treten ein: Deschenaux/Tercier 279 f.; Hirsch, ZSR 86 II 781 ff.; v. Büren 63 ff.; Jansen 88 ff.; Tercier, Nouvelles dispositions 74/75; vgl. auch Zellweger (zit. in FN 1) 55 ff.

Solidarität in der Höhe des von ihm geschuldeten Betrages^{28,29}. Das Verschulden eines Haftpflichtigen kann auch infolge Drittverschuldens geringer sein³⁰.

Alles in allem wird die Unterscheidung in echte und unechte Solidarität zu Recht kritisiert und vorgeschlagen, sie fallenzulassen³¹.

Solidarität besteht auch für eine Genugtuungsforderung, sofern bei jedem Solidarschuldner die Voraussetzungen zur Leistung einer Genugtuungssumme gegeben sind³². Da ein Kind wegen milderer Beurteilung seines Verschuldens meistens auch eine geringere Genugtuung schuldet³³, besteht solidarische Haftung für das Kind bis zu diesem Betrage.

28 Vgl. Oftinger I 345; Oswald, SZS 16, 25.

29 Bei gemeinsamem Verschulden erfolgt im Aussenverhältnis die Kürzung im Prinzip für alle Beteiligten gleichermassen: BGE 104 II 188; 100 II 337/338; BJM 1969, 29; U des BGer vom 7. Oktober 1952 (Fussballspiel).

30 Was selten angenommen wird. Vgl. BGE 66 II 118/119; ZR 66 Nr. 107 S. 215/216.

31 Vgl. Oftinger I 339 und die dort erwähnten Autoren; vgl. auch Deschenaux/Tercier 275.

32 Vgl. Oftinger I 336; BGE 63 II 345.

33 Vorne S. 124, 127.

3. KAPITEL

INNENVERHÄLTNIS

REGRESS

§ 1 ALLGEMEINES

Während das Aussenverhältnis die Beziehungen zwischen einem Gläubiger und einer Mehrheit von Schuldern erfasst, regelt das Innenverhältnis die endgültige Schadensverteilung zwischen den verschiedenen Ersatzpflichtigen (Art. 50 II, 51 II OR, 60 II SVG)³⁴. Es handelt sich darum zu wissen, ob und inwieweit derjenige, der im Aussenverhältnis den Geschädigten befriedigt hat, sich an die anderen Ersatzpflichtigen halten kann. Regress ist nur möglich bei Anspruchskonkurrenz; ausgeschlossen ist er bei Anspruchskumulation. Art. 51 II OR weist die verschiedenen Ersatzpflichtigen je nach Rechtsgrund einer bestimmten Rangordnung zu. Diese entscheidet, wer letztlich den Schaden zu tragen hat. Neben Art. 51 II OR haben die Regressbestimmungen der Art. 55 II, 56 II und 58 II OR keine selbständige Bedeutung³⁵. In erster Linie hat derjenige den Schaden endgültig zu tragen, der aus Verschulden haftet, in zweiter Linie derjenige, der aus Vertrag, und letztlich derjenige, der aus gesetzlicher Vorschrift haftet.

Für die Verteilung unter mehreren aus gleichartigen Haftungsgründen Verantwortlichen enthält das OR keine Vorschrift. Überdies trägt Art. 51 II OR dem besonderen Charakter der Gefährdungshaftung keine Rechnung, was als Mangel zu bezeichnen ist³⁶.

Art. 51 II OR ist nicht zwingendes Recht für die Ersatzpflichtigen; hingegen kann der Geschädigte die Rangordnung nicht abändern³⁷. Die gesetzliche Regressordnung stellt ein wohlabgewogenes ethisch fundiertes Prinzip dar³⁸. Die Praxis weicht selten davon ab.

Voraussetzung des Regressanspruchs ist, dass der Regresskläger im Aussenverhältnis den Geschädigten ganz oder zum Teil befriedigt hat und der Regressbeklagte dem Geschädigten gegenüber haftpflichtig ist. Zudem muss der Regress-

34 Vgl. dazu Oftinger I 348 ff.; Deschenaux/Tercier 280 ff.; Becker und Oser/Schönenberger zu Art. 51 OR; Guhl/Merz/Kummer 197 ff.; Oswald, SZS 16, 25 ff.; zur Entstehungsgeschichte des Art. 51: Alfred Hartmann, Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Diss. Bern 1942, 43 ff.; Stucki 72 ff.

35 Vgl. hinten S. 142.

36 Stark 62, 102/103; Oswald, SZS 16, 26/27.

37 Deschenaux/Tercier 281.

38 Oftinger I 352.

kläger überhaupt einen Regressanspruch gegenüber dem Regressbeklagten besitzen³⁹.

Im Falle der echten Solidarität gelangen die Art. 148/149 OR zur Anwendung: Die Ansprüche des Geschädigten gehen kraft Subrogation auf den Regressierenden über. Im Falle der unechten Solidarität übt der Regressierende einen selbständigen Regress aus. Praktisch ergeben sich daraus allerdings kaum Konsequenzen⁴⁰. Der Regress ist begrenzt durch die Summe, die der Regresskläger dem Geschädigten gezahlt hat. Der Umfang des Regresses bestimmt sich nach der internen Ordnung. Hat der Regressierende einen Teil selbst zu tragen, so vermindert sich sein Regressanspruch im entsprechenden Umfang. Der Regressbeklagte muss auf keinen Fall für mehr eintreten, als er zu zahlen hätte, wenn er vom Geschädigten direkt belangt worden wäre. Er kann Reduktionsgründe geltend machen⁴¹.

§ 2 EINZELNE REGRESSFÄLLE

I. Vorbemerkung

Es fällt auf, dass trotz der vielen Kinder-Haftpflichtfälle die Gerichtsentscheide über die Regressansprüche spärlich sind. Dies lässt sich zum Teil wie folgt erklären:

Der Vater, der ja meistens das Familienhaupt ist, regressiert wegen der persönlichen Beziehungen nicht auf sein Kind. Ein gerichtliches Vorgehen gegen die Ehefrau, die aufgrund von Art. 41 OR haftet, ist ausgeschlossen.

Andere Haftpflichtige unterlassen vielfach den Regress auf das aus Verschulden haftpflichtige Kind, weil es vermögenslos ist.

Ein Grossteil der Familienhäupter wie auch anderer gewöhnlicher Kausalhaftpflichtiger (die Gefährdungshaftpflichtigen ohnehin) ist haftpflichtversichert, wobei die Versicherungsgesellschaften eine vergleichsweise Erledigung anstreben und Regresse unter sich im üblichen Rahmen nach einem Konvenium abwickeln.

Auch wenn praktische Beispiele fehlen, werden alle Regressmöglichkeiten nachstehend aufgezeigt, wobei die Reihenfolge derjenigen bei der Kollision von Haftungen entspricht; diese ist freilich nicht diejenige der praktischen Bedeutung.

39 Deschenaux/Tercier 285/286.

40 Oswald, SZS 16, 13 und Zitate.

41 Vgl. Oftinger I 353 ff.; Deschenaux/Tercier 286.

II. Konkurrenz von Verschuldenshaftungen

Bei gemeinsamem Verschulden bestimmt sich der Regress gemäss Art. 50 II OR (anstatt Art. 148 I OR) nach richterlichem Ermessen; das bedeutet vor allem nach der Grösse des Verschuldens der einzelnen Schädiger. Beispiel: Die Ersatzpflicht zweier 9jähriger Knaben, die einen Kameraden am Auge verletzt haben, beträgt $\frac{3}{4}$. Davon gehen $\frac{2}{3}$ zu Lasten desjenigen, der den Pfeil abgeschossen hat, und $\frac{1}{3}$ zu Lasten des Mitspielers⁴².

Auch wenn mehrere Verschuldenshaftpflichtige den Schaden unabhängig voneinander verursacht haben, geschieht die regressmässige Schadensverteilung in der Weise, d.h. im Verhältnis, in dem die mehreren schuldhaften Handlungen für den Schaden kausal sind⁴³. Das Bundesgericht hat den Garagisten, die leere offene Benzinfässer auf einem öffentlichen Platz gelagert haben, und dem Knaben, der ein Zündholz darangehalten hat, je die Hälfte aufgebürdet⁴⁴. Das Bezirksgericht Uster hat im Falle einer Augenverletzung $\frac{4}{5}$ dem 12 $\frac{1}{2}$ jährigen Schützen und $\frac{1}{5}$ dem 15jährigen Knaben, der das Gewehr dem Jüngeren überlassen hat, überbunden⁴⁵.

III. Konkurrenz von Kausalhaftungen

A. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen

Spezialbestimmungen wie Art. 60 II SVG und Art. 28 II und 30 ElG regeln die interne Verteilung; andere, die hier nicht interessieren, verweisen für den Regress auf das OR.

Durch die Regelung des rev. Art. 60 II Satz 2, der gleich gehalten ist wie die Kollisionsbestimmung von Art. 61 I SVG, ist für den Regress unter Motorfahrzeughaltern das Verschulden ausschlaggebend, sofern nicht unterschiedliche Betriebsgefahren eine andere Verteilung rechtfertigen⁴⁶. Trifft danach nur eine Seite ein Verschulden, so hat sie den Schaden zu tragen.

Für die Konkurrenz des Motorfahrzeughalters mit anderen Gefährdungshaftpflichtigen (wie z.B. der Eisenbahnunternehmung) ist Art. 60 II Satz 1 massgebend. Es gelten die allgemeinen Grundsätze, die bei der Kollision entwickelt worden sind. Die Ersatzquote richtet sich nach dem Verhältnis der Grösse der Betriebsgefahren und ist nach dem zusätzlichen Verschulden zu korrigieren⁴⁷.

42 BGE 104 II 188/189.

43 Vgl. Oftinger I 357/358; Deschenaux/Tercier 282.

44 BGE 66 II 122.

45 SJZ 63, 238 Nr. 123.

46 Vgl. BGE 99 II 93 ff.; dazu Rusconi, TCS 9/10 und Merz, ZBJV 111, 101 ff.; BGE 101 II 356; Oswald, ZBJV 111, 214 ff. = SVZ 42, 265 ff.; Rusconi, Nouvelles dispositions 73 ff.

47 Vgl. Oftinger I 362/363; vgl. auch S. 109 FN 109.

Gemäss Art. 75 II SVG hat der Halter und sein Haftpflichtversicherer den Regress auf den Strolchenfahrer⁴⁸; der Umfang hängt von den Umständen, namentlich dem Verschulden, ab.

B. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen mit gewöhnlichen Kausalhaftungen

Art. 60 II Satz 1 SVG bestimmt bei der Konkurrenz des Motorfahrzeughalters mit anderen Haftpflichtigen, dass der Schaden unter Würdigung aller Verhältnisse zu verteilen ist.

Der Gefährdungshaftpflichtige muss für die von ihm gesetzte Betriebsgefahr einstehen, entsprechend dem Anteil an der Verursachung. Ohne zusätzliches Verschulden – was selten ist – ist die Beteiligung des gewöhnlichen Kausalhaftpflichtigen regelmässig geringer als diejenige des Gefährdungshaftpflichtigen⁴⁹. Zusätzliches Verschulden auf beiden Seiten ist im entsprechenden Verhältnis mitzuberocksichtigen. Trifft nur den Gefährdungshaftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden, so hat – Art. 51 OR sinngemäss angewendet – er den ganzen Schaden zu tragen. Bei der gewöhnlichen Kausalhaftung qualifizieren allerdings die Gerichte die Sorgfaltpflichtverletzung vielfach als Verschulden; so hat z.B. das Familienhaupt dieses zu vertreten.

Der Genfer Cour de justice civil⁵⁰ hat sich mit folgendem Sachverhalt befasst: Eine Lernfaherin verursacht mit dem Auto der Halterin X infolge plötzlichen Auftretens eines 3 1/2jährigen Knaben auf einem Dreirad eine Kollision mit einem stationierten Wagen. Es entsteht Sachschaden an beiden Autos. Die Haftpflichtversicherung der Halterin X⁵¹ klagt gegen den Vater des Knaben. Das Gericht versagt (m.E. etwas weitgehend) jeden Regress auf den Vater mit der Begründung, diesen treffe, wenn überhaupt, höchstens ein leichtes Verschulden.

C. Konkurrenz von gewöhnlichen Kausalhaftungen

Bei Konkurrenz von gewöhnlichen Kausalhaftungen ohne Verschuldensbeteiligung gilt grundsätzlich Haftung zu gleichen Teilen⁵². Ist auf beiden Seiten ein Verschul-

48 Vgl. Rusconi, Nouvelles dispositions 83/84; Bussy, SJK 917 N 22.

49 Vgl. Kollision S. 109/110.

50 Sem.jud. 85, 384 ff.

51 Auf den Haftpflichtversicherer gehen alle Regressansprüche über, die dem versicherten Halter zustehen. Vgl. Keller/Roelli/Jaeger, Kommentar zum VVG, Bd. IV, Bern 1962, 160 ff. Oftinger I 459 ff.; Oswald, SZS 16, 34 ff.

52 Oftinger I 367; Deschenaux/Tercier 282 in Verbindung mit 270.

den nachgewiesen, so ist dieses ausschlaggebend für die Verteilung. Trifft nur eine Seite ein zusätzliches Verschulden, so hat — Art. 51 OR sinngemäss angewendet — der Schuldige den Schaden zu tragen.

Dem Familienhaupt bleibt z.B. die Möglichkeit des Regresses auf ein anderes Familienhaupt oder auf einen anderen gewöhnlichen Kausalhaftpflichtigen.

IV. Konkurrenz von Kausalhaftungen mit Verschuldenshaftungen

A. Konkurrenz von Gefährdungshaftungen mit Verschuldenshaftungen

Als Spezialbestimmungen sind die Art. 18 EHG⁵³, 34 II ElG, die hier nicht weiter verfolgt werden, zu erwähnen. Bei Konkurrenz mit einem Motorfahrzeughalter gilt wiederum Art. 60 II Satz 1 und damit die allgemeinen Grundsätze.

Art. 51 II OR direkt angewendet, müsste man, wenn den Gefährdungshaftpflichtigen nicht ein zusätzliches Verschulden trifft, dem Schuldigen den Schaden aufbürden. Nach herrschender Meinung hat der Gefährdungshaftpflichtige jedoch auch einen Teil zu übernehmen, der sich nach dem Anteil der Betriebsgefahr an der Gesamtverursachung bemisst⁵⁴. Zusätzliches Verschulden des Gefährdungshaftpflichtigen ist im entsprechenden Umfang mitzuberücksichtigen⁵⁵.

Der Regressanspruch des Halters gegenüber einem Kind ist von vorneherein beschränkt, weil dem Kind regelmässig nur ein leichtes oder mittleres Verschulden zur Last gelegt wird.

B. Konkurrenz von gewöhnlichen Kausalhaftungen mit Verschuldenshaftungen

Die speziellen Regelungen von Art. 55 II, 56 II und 58 II OR haben neben Art. 51 II OR keine selbständige Bedeutung und sind eigentlich überflüssig⁵⁶.

Art. 51 II OR kommt direkt zum Zuge. Trifft den Kausalhaftpflichtigen kein zusätzliches Verschulden, so muss der Schuldige im Umfange, in dem er dem Geschädigten haftet, den Schaden tragen. Trifft den Kausalhaftpflichtigen jedoch

⁵³ Nach Art. 18 EHG richtet sich z.B. der Regress der Eisenbahnunternehmung auf die Eltern als mitschuldige Dritte, wenn das Kind geschädigt ist. Vgl. BGE 81 II 165.

⁵⁴ Vgl. dazu Oftinger I 363.

⁵⁵ Vgl. auch vorne S. 111 f.

⁵⁶ Vgl. dazu Oftinger I 370; Hartmann (zit. in FN 34) 82 ff.; Stark 62 FN 125.

ein zusätzliches Verschulden, so hat er dafür einzustehen: Es wird nach der Grösse der beidseitigen Verschulden aufgeteilt⁵⁷.

Ist der aus Verschulden Haftpflichtige Hilfsperson des Geschäftsherrn oder Hausgenosse des Familienhauptes, so kann er dem Aufsichtspflichtigen ein Verschulden entgegenhalten, welches allenfalls das seine als kleiner erscheinen lässt (z.B. mangelhafte Instruktion, schlechte Beaufsichtigung), um die Regressforderung zu reduzieren⁵⁸.

Das Regressrecht des Familienhauptes ist von geringer praktischer Bedeutung. Ein Vater regressiert nicht auf sein Kind, hingegen eventuell ein Internatsleiter auf seinen Schüler^{59,60}. Denkbar ist ein Regress auf Hilfspersonen, wie z.B. Kindermädchen oder Internatslehrer, vorausgesetzt, dass diese nach Art. 41 OR haften.

57 Vgl. dazu Oftinger I 367; Deschenaux/Tercier 284.

58 Vgl. Oftinger II/1 177/178, 290.

59 Vgl. dazu Frey 118 ff.

60 Ein Internatsleiter kann unter Umständen auch die Eltern aus Verschulden oder Vertrag belangen, wenn sie ihm gefährliche Eigenschaften und Neigungen des Kindes verheimlicht haben und er deshalb aus Art. 333 haftpflichtig geworden ist. Vgl. Oftinger II/1 290 und dort zit. Autoren.

Lebenslauf

Am 25. November 1948 wurde ich in Luzern geboren. Ich besuchte die Schulen in Küsnacht/ZH und Zürich. Nach bestandener eidgenössischer Maturität (Typus B) im Frühling 1968 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Vor Abschluss des Studiums heiratete ich. Mein Mann und ich erhielten das Lizentiat im November 1972. Anschliessend begann ich mit der Arbeit an meiner Dissertation. 1973 und 1978 kamen die beiden Söhne zur Welt. Am 15. Juli 1981 wurde ich zum Doktor promoviert.

